

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional

Derechos humanos
Derecho internacional humanitario y
Derecho penal internacional

Volumen VI

© Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Primera edición: Bogotá, Septiembre 2012

ISBN
978-958-8558-14-1

Compilador
Alejandro Valencia Villa

Editor general
Alejandro Valencia Villa

Edición
María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación
Taller Gráfico Patricia Díaz

Impresión
Abalon Impresores

Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea.
Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y en ningún caso se debe considerar
que refleja opinión oficial de la Unión Europea.

El contenido de este material se puede reproducir sin necesidad de obtener permiso,
siempre que se cite la fuente y que se envíe una copia de la publicación a la Oficina en
Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
El texto de esta publicación se encuentra electrónicamente en la página www.hchr.org.co

Contenido

Volumen VI

Responsabilidad del Estado

La responsabilidad internacional del Estado
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia
Sentencia de 11 de Mayo de 2007
(Fondo, Reparaciones y Costas)

Derecho a la vida

El derecho a la vida de las personas con discapacidad
mental y los deberes del Estado
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Ximenes Lopes vs. Brasil
Sentencia de 4 de julio de 2006

Del uso de fuerza por parte de miembros de cuerpos
de seguridad y condiciones de detención
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)
vs. Venezuela
Sentencia de 5 de julio de 2006
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Las ejecuciones extrajudiciales como crimen de lesa
humanidad y su imposibilidad de amnistiarlas
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile
Sentencia de 26 de septiembre de 2006
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

La presunta ejecución extrajudicial y otras violaciones
de derechos humanos cometidas en territorio de otro
Estado en el marco de una operación militar
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe No. 112/10
Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad

6 / **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional**

Franklin Guillermo Aisalla Molina
Ecuador c. Colombia
OEA/Ser.L/V/II.140, Doc. 10, 21 octubre 2010

El derecho a la vida, los derechos fundamentales
de las mujeres y el aborto
Corte Constitucional
Sentencia C-355/06
Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y
Clara Inés Vargas Hernández
Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006)

Derecho a la integridad personal

La tortura como violación al derecho a la integridad personal
y los efectos en los familiares del torturado
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Bueno Alves vs. Argentina
Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Los castigos corporales judiciales
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe N° 79/07
Caso 12.513 Fondo
Prince Pinder c. Bahamas
15 de octubre de 2007

Derecho a la libertad personal

Grupos de detenidos susceptibles de sufrir abusos sexuales
y la detención en el contexto de las medidas de lucha
contra el terrorismo y el estado de excepción
Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria
A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008

La definición y características del crimen de desaparición forzada
Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Comentarios Generales del Grupo de Trabajo sobre las
Desapariciones Forzadas o Involuntarias
10 de enero de 2008, 21 de diciembre de 2009

La libertad personal: las detenciones ilegales y arbitrarias
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador
Sentencia de 21 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

La desaparición forzada como violación múltiple de
derechos humanos
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala
Sentencia de 25 de mayo de 2010
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Garantías judiciales y debido proceso

El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los
tribunales y cortes de justicia
Comité de Derechos Humanos
Observación General N° 32, Artículo 14 del Pacto Internacional
de Derechos Civiles y Políticos, 23 de agosto de 2007

El deber de investigar violaciones de derechos de las
mujeres y sus familiares
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú
Sentencia de 25 de noviembre de 2006
(Fondo, Reparaciones y Costas)

La independencia judicial
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela
Sentencia de 30 de junio de 2009
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

La justicia penal militar ante las violaciones de
derechos humanos
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos
Sentencia de 23 de noviembre de 2009
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Igualdad y no discriminación

La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Observación General N° 16, Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2005

Discriminación racial en razón del empleo
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe N° 66/06
Caso 12.001, Fondo
Simone André Diniz c. Brasil
21 de octubre de 2006

Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad, sus limitaciones y su erosión como consecuencia de la política Antiterrorista
Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo,
28 de diciembre de 2009. A/HRC/13/37
El derecho a la intimidad

Libertad de expresión

Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión
30 diciembre 2009

El derecho de practicar la propia religión

Las limitaciones al derecho de practicar la propia religión
Comité de Derechos Humanos
Comunicación N° 1474/2006 del 14 de noviembre de 2007
Gareth Anver Prince c. Sudáfrica

El derecho a la objeción de conciencia

La objeción de conciencia ante la práctica del aborto
Corte Constitucional
Sentencia T-388/09
Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo
de dos mil nueve (2009)

Seguridad ciudadana

Recopilación de las buenas prácticas relacionadas con los
marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional
para los servicios de inteligencia y su supervisión
Consejo de Derechos Humanos
Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección
de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la
lucha contra el terrorismo
17 de mayo de 2010, A/HRC/14/46

La Seguridad ciudadana y los derechos humanos
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe sobre Seguridad ciudadana y derechos humanos,
31 diciembre 2009

Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación

El derecho a la reparación
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Lineamientos principales para una política integral de
reparaciones, 19 febrero 2008

Examen de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz
Corte Constitucional
Sentencia C-370/06
Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa,
Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil,
Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y
Clara Inés Vargas Hernández.
Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de de dos mil seis (2006)

Derechos económicos, sociales y culturales

El desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Acevedo Buendía y otros

(“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú

Sentencia de 1 de julio de 2009

(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

La tutela judicial efectiva de los derechos sociales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Estudio de los estándares fijados por el

sistema interamericano de derechos humanos,

7 septiembre 2007

Derecho a la educación

El derecho a la educación de las personas con discapacidades

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación,

A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007

Derecho a la salud

La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito

de la salud materna y los deberes de los Estados para que las

mujeres accedan a servicios de salud materna sin discriminación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva

de derechos humanos,

7 junio 2010

Presentación

Los volúmenes VI y VII de la presente compilación, continúan con la serie de publicaciones que la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos viene realizando desde hace diez años sobre jurisprudencia y doctrina nacional e internacional en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional.

Estos dos volúmenes incluyen cerca de sesenta extractos de pronunciamientos emitidos entre los años 2005 a 2010 por órganos y mecanismos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Corte Constitucional de Colombia y uno de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Cada uno de los documentos está agrupado bajo un tema general y con el propósito de guiar al lector, se señala a modo de título temático de cada extracto qué aspecto más particular es desarrollado en el mismo. Esta titulación es simplemente ilustrativa puesto que la mayoría de los textos tratan diferentes problemáticas y derechos. Por ejemplo, aunque no aparece un título que haga referencia a las personas con discapacidad, si aparecen tres extractos vinculados con sus derechos en los apartados del derecho a la vida, a la educación y de desplazamiento forzado.

La selección y edición general de ambos volúmenes fue realizada por Alejandro Valencia Villa, consultor en derechos humanos, derecho humanitario y justicia transicional, quien realizó estas tareas en los volúmenes anteriores.

Como información importante para el lector se destaca que se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando el compilador ha suprimido una parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabe-

zamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. Para presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Las notas de pie de página originales se reproducen con números, conservando la numeración original; cuando excepcionalmente no se reproduce una nota del texto original el compilador lo indica. Las notas del editor se señalan con asteriscos.

Con estos dos nuevos volúmenes, la Oficina aspira a que sean de utilidad para todos y todas aquellos que trabajan por el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Responsabilidad internacional del Estado

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia
Sentencia de 11 de Mayo de 2007
(Fondo, Reparaciones y Costas)

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIDA

1. El 10 de marzo de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió a la Corte una demanda contra el Estado de Colombia (en adelante “el Estado” o “Colombia”). Dicha demanda se originó en la denuncia No. 11.995, presentada en la Secretaría de la Comisión el 8 de octubre de 1997 por el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”^{1*2}. El 9 de octubre de 2002 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 42/02 y el 7 de marzo de 2005 aprobó el informe de fondo No. 29/05 de conformidad con el artículo 50 de la Convención³, el cual contiene determinadas recomendaciones hechas al Estado. El 28 de septiem-

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El 19 de enero de 2001 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante “CEJIL”) empezó a obrar como copeticionario.

³ En el informe de fondo la Comisión concluyó que el Estado es responsable por: la violación del derecho a la vida contemplado en el artículo 4 de la Convención Americana en perjuicio de Mariela Morales Caro, Pablo Antonio Beltrán Palomino, Virgilio Hernández Serrano, Carlos Fernando Castillo Zapata, Luis

bre de 2005 el Estado adelantó un “acto público de reconocimiento de responsabilidad” con participación del Vicepresidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores (*infra* párr. 10). El 28 de febrero de 2006 la Comisión concluyó que “no se ha dado cumplimiento a la totalidad de las recomendaciones”, razón por la cual sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte⁴.

2. La demanda se refiere a que “supuestamente el 18 de enero de 1989 un grupo paramilitar con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales ejecutó extrajudicialmente a Mariela Morales Caro, Pablo Antonio Beltrán Palomino, Virgilio Hernández Serrano, Carlos Fernando Castillo Zapata, Luis Orlando Hernández Muñoz, Yul Germán Monroy Ramírez, Gabriel Enrique Vesga Fonseca, Benhur Iván Guasca Castro, Orlando Morales Cárdenas, César Augusto Morales Cepeda, Arnulfo Mejía Duarte y Samuel Vargas Páez y lesionó la integridad personal de Arturo Salgado Garzón, Wilson Humberto Mantilla Castilla y Manuel Libardo Díaz Navas [...] mientras cumplían una diligencia probatoria en su carácter de funcionarios de la administración de justicia en el corregimiento de ‘La Rochela’, en el Bajo Simacota, Departamento de Santander, Colombia”. La Comisión alega que “el caso permanece en parcial impunidad y la mayoría de los autores materiales e intelectuales, civiles y militares, no han sido investigados y sancionados penal-

Orlando Hernández Muñoz, Yul Germán Monroy Ramírez, Gabriel Enrique Vesga (o Vega) Fonseca, Benhur Iván Guasca Castro, Orlando Morales Cárdenas, César Augusto Morales Cepeda, Luis Orlando Hernández Muñoz, Arnulfo Mejía Duarte y Samuel Vargas Páez; la violación del derecho a la integridad personal contemplado en el artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de los sobrevivientes Arturo Salgado Garzón, Wilson Humberto Mantilla Castilla y Manuel Libardo Díaz Navas, al igual que las víctimas fatales antes mencionadas y sus familiares, así como por la violación del derecho a la protección judicial previsto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de las víctimas y sus familiares; todos ellos en conjunción con el incumplimiento del deber de garantía previsto en el artículo 1.1 de dicho tratado.

⁴ La Comisión designó como delegados a los señores Víctor Abramovich, Comisionado, y Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, y como asesores legales a Ariel E. Dulitzky, Verónica Gómez, Víctor Madrigal Borloz y Manuela Cuvi Rodríguez.

mente”. Además, se afirma que “el esclarecimiento judicial de la Masacre de `La Rochela´ posee un especial significado para la sociedad colombiana en tanto se refiere al asesinato de funcionarios judiciales mientras cumplían con su deber de investigar entre otros hechos de violencia, la responsabilidad de civiles y militares en la Masacre de los 19 Comerciantes”, así como otros hechos de violencia perpetrados en la zona del Magdalena Medio.

3. La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado es responsable por la violación del derecho consagrado en el artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de las doce presuntas víctimas fallecidas. A su vez, la Comisión solicitó que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas y sus familiares. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que declare que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas y sus familiares. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación.

4. Los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares, el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” y CEJIL (en adelante “los representantes”) presentaron, en los términos del artículo 23 del Reglamento, su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”). Con base en los fundamentos de hecho mencionados por la Comisión en su demanda, los representantes solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los mismos artículos alegados por la Comisión, y agregaron que “adicionan como derechos violados” el derecho a la libertad personal en relación con la alegada detención prolongada de las presuntas víctimas que precedió a la masacre; el derecho a la verdad, para lo cual se invocaron los derechos alegados por la Comisión y se agregó el artículo 13.1 (Libertad de Pensamiento y

de Expresión) de la Convención, y el incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana en relación con los artículos 8 y 25 de la misma por diversos aspectos del marco normativo de desmovilización paramilitar en Colombia (*infra* párr. 185). Asimismo, señalaron que consideran que el Estado violó el artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, también en perjuicio de las tres presuntas víctimas que se encuentran con vida. Asimismo, solicitaron determinadas medidas de reparación y el reintegro de las costas y gastos incurridos en la tramitación del caso a nivel nacional y en el proceso internacional.

5. El Estado presentó su escrito de contestación a la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “contestación de la demanda”), en el cual confesó parcialmente los hechos y se allanó parcialmente a determinadas violaciones alegadas por la Comisión y los representantes, cuyos alcances y contenido serán determinados en el capítulo correspondiente (*infra* párrs. 8 a 54). Además, el Estado solicitó que se declare que “ha cumplido con el deber de reparación integral” y “reafirmó su interés por encontrar una solución amistosa” respecto a las reparaciones. [...]

VI. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL PRESENTE CASO

66. En el anterior capítulo se indicaron los términos en que el Estado confesó los hechos y se allanó parcialmente a las pretensiones (*supra* párrs. 8 a 54). En este capítulo el Tribunal estima necesario dejar establecido con claridad las causas que generan la responsabilidad internacional en el presente caso, teniendo en cuenta que existe controversia sobre el contexto en el que ocurrieron los hechos, la alegada actuación de los grupos paramilitares como agentes estatales y la alegada política institucional de fomento del paramilitarismo al momento de los hechos.

67. Este Tribunal ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales,

de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado⁵. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte en todo su alcance. En efecto, dicho artículo impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia⁶.

68. La responsabilidad internacional del Estado se funda en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”⁷. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como

⁵ Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 12, párr. 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

⁶ Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 111; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 12, párr. 108; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 72.

⁷ Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 8, párr. 31; Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 112; y Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 12, párr. 110.

ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios⁸. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención⁹, omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste¹⁰.

* *

69. Las partes han planteado varios puntos sobre los que existe controversia para determinar la responsabilidad internacional del Estado por los hechos de este caso.

70. Sobre los hechos de este caso, el Estado manifestó que reconoce solamente “aquellos hechos que tienen que ver específicamente con el caso de la masacre de ‘La Rochela’”, por lo cual “rechaza de manera categórica las consideraciones de ‘contexto’ [...] que podrían dar a entender que el fenómeno ‘paramilitar’ fue producto de una política generalizada del Estado colombiano”. En consecuencia, el Estado rechazó toda prueba que hiciera alusión a dicho contexto (*supra* párr. 31). Además, el Estado indicó que: su reconocimiento de responsabilidad es por la “acción aislada” de algunos de sus agentes; “se ha demostrado que no había relación institucional o de dependencia entre los grupos al margen de la ley y algunos de los agentes estatales”; y “no existió una delegación de funciones públicas a favor de los particulares”. Asimismo, Co-

⁸ Cfr. Caso La Cantuta, *supra* nota 8, párr. 156; Caso Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 12, párr. 112; y Caso de la “Masacre de Mapiripán”, *supra* nota 12, párr. 110.

⁹ Cfr. Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 141. En igual sentido cfr. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 28; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 66.

¹⁰ Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 12, párr. 112; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, *supra* nota 12, párr. 110; y Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 33, párr. 141.

lombia sostuvo que “no puede ser más objeto de reproche jurídico alguno por el hecho” de haber creado “una situación de riesgo especial (pero tolerado jurídicamente)” al haber expedido el Decreto 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968, normas a través de las cuales se crearon los grupos de autodefensa, ya que ha venido adoptando las “medidas [...] conducentes a mitigar las nefastas consecuencias de su actuar especialmente riesgoso”.

71. Por su parte, la Comisión considera que la masacre “no se produjo en el vacío” y ocurrió “como consecuencia de una serie de acciones y omisiones que tuvieron lugar desde días antes, y en un contexto social y normativo determinado”. Además, la Comisión indicó que la creación de los grupos paramilitares fue propiciada por el Estado como una herramienta de lucha contrainsurgente al amparo de normas legales que se encontraban vigentes al momento de perpetrarse la masacre de La Rochela. Asimismo, señaló que “en los casos en los cuales paramilitares y miembros del Ejército llevan a cabo operaciones conjuntas o cuando los paramilitares actúan gracias a la aquiescencia o colaboración de la Fuerza Pública, debe considerarse que los miembros de los grupos paramilitares actúan como agentes estatales”. Según la Comisión, en el presente caso “existen elementos de prueba que demuestran la comisión de actos de agentes del Estado con grupos paramilitares en la ejecución de la masacre perpetrada en La Rochela” y, por lo tanto, “son imputables al Estado tanto las violaciones a la Convención Americana cometidas como resultado de los actos y omisiones de sus propios agentes como aquellas cometidas por los miembros del grupo de autodefensa que operaba en la región con su apoyo y que, a tales efectos, éstos deben ser considerados como agentes del Estado”.

72. Respecto de tales controversias, los representantes señalaron que “la Corte debe seguir su reiterada práctica al considerar y analizar la masacre de La Rochela en el contexto jurídico e histórico apropiado”. Además, los representantes señalaron que el paramilitarismo “tuvo su origen en una política contrainsurgente diseñada e implementada por el mismo Estado” y que los miembros del grupo paramilitar que ejecutó la masacre “actuaban como agentes estatales” debido a que “el Ejército, actuando de acuerdo

con una política estatal establecida por ley, armó, entrenó y operó en coordinación con un grupo paramilitar en la comisión de graves violaciones de derechos humanos”.

* *

73. La Corte procederá, en primer lugar, a determinar algunos de los hechos del presente caso.

74. En el presente caso, el Estado confesó que el 18 de enero de 1989, por lo menos cuarenta miembros del grupo paramilitar “Los Masetos”, contando con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales, inicialmente retuvieron a las 15 víctimas de este caso, quienes conformaban una Comisión Judicial (Unidad Móvil de Investigación) compuesta por dos jueces de Instrucción Criminal¹¹, dos secretarios de juzgado¹² y once miembros del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial (CTPJ)¹³ y posteriormente perpetró una masacre en su contra, en la cual fueron ejecutados doce de ellos y sobrevivieron tres.

75. La conformación de dicha Comisión Judicial fue dispuesta por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal mediante resolución de 20 de diciembre de 1988, con el “propósito de proseguir [...] investigaciones que se venían adelantando por múltiples homicidios y desapariciones” ocurridos en la región del Magdalena Medio del Departamento de Santander¹⁴. Entre los hechos investi-

¹¹ Mariela Morales Caro y Pablo Antonio Beltrán Palomino, jueces adscritos al Distrito Judicial de San Gil (Departamento de Santander).

¹² Virgilio Hernández Serrano, Secretario del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal; y Carlos Fernando Castillo Zapata, Secretario del Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal.

¹³ Luis Orlando Hernández Muñoz, Yul Germán Monroy Ramírez, Gabriel Enrique Vesga Fonseca, Benhur Iván Guasca Castro, Orlando Morales Cárdenas, Cesar Augusto Morales Cepeda, Arturo Salgado, Wilson Montilla, y Manuel Libardo Díaz Navas, agentes investigadores; Samuel Vargas Páez, conductor de dicho Cuerpo Técnico; y Arnulfo Mejía Duarte, conductor de la Unidad de Indagación Preliminar de Barrancabermeja.

¹⁴ Cfr. oficio No. 231 de 28 de diciembre de 1988 dirigido por los Jueces de Instrucción Criminal Mariela Morales Caro y Camilo Navarro Velásquez al Director Seccional de Instrucción Criminal (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 56.2, folios 3599 a 3603).

gados se encontraba la presunta retención, por parte del Ejército, de dos campesinos que posteriormente fueron “masacrados, torturados y quemados con ácido”¹⁵, así como la desaparición de 19 Comerciantes ocurrida en octubre de 1987. Teniendo en cuenta la presunta participación de miembros del Ejército en algunos de esos crímenes, los dos jueces de instrucción a cargo de las investigaciones remitieron un oficio al Director Seccional de Instrucción Criminal comunicándole que consideraban “de vital importancia para el buen éxito de esta investigación que se designara una comisión de la Procuraduría General de la Nación para que se investigue en forma simultánea con la Unidad Móvil, la conducta atribuible [...] a la patrulla militar”¹⁶ supuestamente responsable de algunas de las violaciones de derechos humanos investigadas.

* *

76. Por otra parte, en cuanto a la posición del Estado de rechazar las consideraciones de contexto (*supra* párrs. 11, 31 y 70), la Corte estima necesario señalar que para resolver los distintos casos sometidos a su conocimiento ha requerido tomar en cuenta el contexto, pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas en el caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones¹⁷. Por esta razón, el análisis de los hechos ocurridos el 18 de enero de 1989, a los cuales el Estado se allanó, no puede aislarse del medio en el que dichos hechos ocurrieron ni se puede determinar las consecuencias jurídicas en el vacío propio de la descontextualización.

77. Seguidamente, en aras de establecer cuáles son las causas que generan la responsabilidad internacional en el presente caso, la Corte analizará el contexto en que ocurrieron los hechos.

¹⁵ Cfr. *supra* nota 38 (oficio No. 231), folios 3600 y 3601.

¹⁶ Cfr. *supra* nota 38 (oficio No. 231), folio 3601.

¹⁷ Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, *supra* nota 8, párr. 202; y Caso Goiburú y otros, *supra* nota 11, párrs. 53, 54 y 63.

78. Este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares¹⁸ y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas¹⁹. Además, ha declarado la responsabilidad de Colombia por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares²⁰. Asimismo, en varias oportunidades la Corte ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública²¹.

79. Resulta de gran relevancia destacar que uno de los principales factores que determinan la gravedad de los hechos de este caso es que el Estado es responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas.

80. Ese factor no se produjo como un caso aislado en Colombia. Por el contrario, se enmarca dentro de un contexto de violencia contra funcionarios judiciales. En la época de los hechos del presente caso ocurrieron en Colombia numerosos ataques contra funcionarios de la administración de justicia. Entre 1979 y 1991, aproximadamente un promedio anual de 25 jueces y abogados fueron asesinados o sufrieron

¹⁸ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 115 a 124.

¹⁹ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párrs. 134 y 135; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párrs. 125 a 127, 139 y 140.

²⁰ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párrs. 126 y 140.

²¹ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párrs. 125.1, 125.25 y 133; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 12, párrs. 121 a 123; y Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 84.b), 115, 134, 135, 137 y 138.

un atentado. Según investigaciones correspondientes a dicha época, de 240 casos que contaban con un autor o una motivación conocida, 80 casos fueron imputados a grupos paramilitares, 48 a agentes estatales, 32 a la guerrilla y 22 a otros factores²². En su informe sobre la visita a Colombia en octubre de 1989, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales señaló que:

Durante los últimos años, han sido asesinados un ministro de Justicia, un Procurador General de la República, varios magistrados de la Corte Suprema y de Cortes Superiores y muchos jueces y funcionarios judiciales. Varios ministros de justicia habrían tenido que renunciar a sus cargos por amenazas de muerte que pendían sobre ellos o sus familiares²³.

81. Los hechos del presente caso se produjeron dentro de un contexto de violaciones contra funcionarios judiciales dirigidas a impedir sus labores, intimidarlos, amedrentarlos y así lograr la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos. Fue dentro de ese contexto de riesgo para los funcionarios judiciales que el Estado no adoptó las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los miembros de la Comisión Judicial en el cumplimiento de sus labores, situación reconocida en varias sentencias del Consejo de Estado²⁴ y omisión reconocida por Colombia en este proceso internacional (*supra* párrs. 10 y 11).

82. En cuanto al contexto normativo, la Corte recuerda que, al haberse producido en enero de 1989, los hechos de este caso se enmarcan en el contexto analizado por este Tribunal en el *caso 19*

²² Cfr. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1993, OEA/Ser. L/V/II.84 Doc. 39 rev.14, octubre 1993, Capítulo IV.Fe); y declaración jurada escrita rendida por Antonio Suárez Niño el 18 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo II, folios 7288 a 7290).

²³ Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias de la visita realizada a Colombia en 1989. Doc. E/CN.4/1990/22/Add.1, 24 de enero de 1990, párr. 43.

²⁴ Cfr. sentencias emitidas los días 19 de mayo de 1995, 1 de febrero de 1996, 5 de julio de 1996 y 29 de agosto de 1996 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda presentados por el Estado, Tomo II, folios 5313 a 5327, 5190 a 5204, 5257 a 5291, 5346 a 5291).

*Comerciantes*²⁵, cuyos hechos acaecieron en octubre de 1987. Esta Corte se pronunció sobre la responsabilidad de Colombia por haber emitido, en el marco de la lucha contra grupos guerrilleros, una normativa legal²⁶ a través de la cual se propició la creación de grupos de autodefensa²⁷ que derivaron en paramilitares²⁸. Dicho marco legal se encontraba vigente en la época de la masacre de La Rochela. El Estado otorgaba a los miembros de tales grupos permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico²⁹.

83. Asimismo, diversas investigaciones judiciales realizadas denotan la relación existente entre grupos paramilitares y miembros de la fuerza pública en la época de los hechos del presente caso³⁰. Además, en su informe sobre la visita que realizó a Colombia en octubre de 1989, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias señaló que:

Los grupos paramilitares son formados y financiados por narcotraficantes y, tal vez, algunos terratenientes. Actúan estrechamente vincu-

²⁵ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 115 a 124.

²⁶ Se trata del Decreto Legislativo 3398 de 1965, el cual fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968, emitidos en el marco de la lucha contra grupos guerrilleros, por cuya actividad el Estado declaró “turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional”. Los artículos 25 y 33 del Decreto Legislativo 3398 dieron fundamento legal para la creación de “grupos de autodefensa”. El referido artículo 25 estipuló que “t odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrá n ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyeran al restablecimiento de la normalidad”. Asimismo, en el párrafo 3 del mencionado artículo 33 se dispuso que “e l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 84.a).

²⁷ El objetivo de dichos grupos era movilizar a la población civil para auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antsubversivas y defenderse de los grupos guerrilleros. Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 84.b).

²⁸ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 84.c) y 115 a 124.

²⁹ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 84.b).

³⁰ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 86.a).

lados con elementos de las fuerzas armadas y de la policía. La mayoría de los asesinatos y matanzas perpetrados por los grupos paramilitares ocurren en zonas muy militarizadas. Los grupos paramilitares pueden desplazarse con facilidad en esas zonas y cometer sus asesinatos impunemente. En algunos casos los militares o los policías fingen no percatarse de lo que hacen los grupos paramilitares o los apoyan concediendo salvoconductos a sus integrantes o impidiendo las investigaciones. Por ejemplo, el Director del Departamento Nacional de Investigaciones Criminales en cuanto a la matanza de La Rochela dijo que lo que más le preocupaba era que las investigaciones que dirigía revelaban cada vez mas pruebas de indulgencia, tolerancia y apoyo para con los grupos de extrema derecha por parte de miembros de la policía y del ejército. (el resaltado no es del original)

84. Desde “la década de los ochenta del siglo XX, principalmente a partir de 1985, se hace notorio que muchos `grupos de autodefensa´ cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados ‘paramilitares’”. Sin embargo, no fue sino hasta enero de 1988 que el Estado empieza a adoptar medidas. La emisión del Decreto 0180 de 27 de enero de 1988, que tipificó algunas conductas como delitos, es la norma que diferencia el presente caso del *caso 19 Comerciantes*³¹.

85. No obstante tal medida normativa, es preciso resaltar que el 18 de enero de 1989, fecha en que ocurrió la masacre de La Rochela: a) ya habían transcurrido varios años desde cuando se hizo notorio que los grupos de autodefensa se transformaron en grupos paramilitares; y b) todavía se encontraban vigentes las normas relevantes de 1965 y 1968 que propiciaron la creación de grupos de autodefensa, entre ellas el parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965, el cual facultaba al Ministerio de Defensa

³¹ Cfr. Decreto 0180 de 27 de enero de 1988, por el cual “se complementan algunas normas del código penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público”, convertido en legislación permanente a través del Decreto 2266 de 4 de octubre de 1991. En este decreto se tipificó, inter alia, la pertenencia, promoción y dirección de grupos de sicarios, así como la fabricación o tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional. Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 84.f).

Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (*supra* párr. 82 nota pie de página 50) y en desarrollo del cual se impulsaron los reglamentos militares que propiciaron la formación del grupo paramilitar “Los Masetos” (*infra* párrs. 88 y 89).

86. Fue tres meses después de ocurridos los hechos del presente caso que Colombia emitió el Decreto 815, mediante el cual se suspendió la vigencia del mencionado parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398, teniendo en cuenta la interpretación que “algunos sectores de la opinión pública” habían hecho en el sentido de tomar las referidas normas de 1965 y 1968, como “una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes”³².

87. De esta forma, fue después de la masacre de La Rochela que el Estado dejó sin efecto el marco legal que había dado fundamento a la creación de tales grupos de civiles armados.

88. Otro aspecto particular del marco normativo vigente a la época de los hechos de este caso es que, en el presente proceso, los representantes allegaron como prueba copia de normas que contienen información específica sobre las funciones de patrullaje y apoyo a la ejecución de operaciones de combate y de inteligencia militar que desempeñaban los miembros de los grupos o juntas de autodefensa, así como las funciones de organización y control que respecto de ellos debían ejercer los miembros de las Fuerzas Mili-

³² Cfr. Decreto 0815 de 19 de abril de 1989. Posteriormente, mediante sentencia de 25 de mayo de 1989, la Corte Suprema de Justicia declaró “inexequible” el referido parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965. Fue también meses después de ocurrida la masacre de La Rochela que, mediante el Decreto 1194 de 8 de junio de 1989, el Estado tipificó la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos “tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”, así como también se tipificó el instruir, entrenar o equipar “a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas” de los referidos grupos armados. Cfr. Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 33, párrs. 84.g) y 84.h) y 121.

tares. Se trata del “Reglamento de Combate de Contraguerrillas”³³ y del Manual “COMBATE CONTRA BANDOLEROS O GUERRILLEROS”³⁴, aprobados por el Comandante General de las Fuerzas Militares el 9 de abril de 1969 y el 25 de junio de 1982, respectivamente. El Estado no realizó indicación alguna respecto del contenido, implicaciones y vigencia de dichas normas.

89. La Corte estima preciso enfatizar que los citados reglamento y manual de combate constituían una normativa que regulaba de forma más detallada y con mayores alcances las funciones y relaciones entre los grupos de civiles armados y las fuerzas de seguridad del Estado, que la regulación dispuesta en el Decreto Legislati-

³³ En el mismo Reglamento se estipula que sería identificado como “REGLAMENTO EJC 3-10 RESERVADO” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VIII, anexo 72, folios 3740 a 3747). Allí se indica que entre los objetivos de las operaciones de organización de la población civil se encuentra “organizar en forma militar a la población civil, para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate”. Asimismo, se estipula que “1 a Junta de autodefensa es una organización de tipo militar que se hace con personal civil [...], que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos de guerrilleros que amenacen el área o para operar en coordinación con tropas de acciones de combate”, y que “1 a junta de autodefensa debe tener un control directo de la unidad militar de la zona de combate y para ello el comandante designa un oficial o un suboficial encargado de transmitir las órdenes correspondientes y de entrenar la agrupación. Entre las “misiones que pueden cumplir las juntas de autodefensa”, el Reglamento indica las de actuar como “patrullas de reconocimiento móviles que recorran áreas críticas de poblaciones y veredas [...] y en operaciones de control, registro y destrucción, para lo cual se pueden dotar de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares”. (subrayado no es del original)

³⁴ En el mismo Manual se estipula que sería identificado como “MANUAL EJC-3-101 RESERVADO” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VIII, anexo 73, folio 3750); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folio 7502). El manual indica que organizar las juntas de autodefensa, “instruirlas y apoyarlas debe ser un objetivo permanente de la Fuerza Militar donde la población es leal y se manifiesta agresiva y decidida contra el enemigo. [...] Las juntas de autodefensa [...] suministran guías para las operaciones militares. Patrullan sus propias zonas. Suministran apoyo logístico a las patrullas. Cumplen misiones de inteligencia y contrainteligencia”. (subrayado no es del original).

vo 3398 de 1965 (*supra* párr. 82). Es decir, existían normas jurídicas que autorizaban expresamente que grupos de civiles fueran armados, entrenados y organizados por el Estado para recibir órdenes de oficiales de las Fuerzas Armadas con el objetivo de que participaran y colaboraran en acciones de seguridad propias del Estado. Como se verá (*infra* párrs. 96 y 97) dicha normativa fue aplicada en el presente caso.

90. Finalmente, dentro de las circunstancias de contexto, es preciso hacer notar que la Comisión Judicial se encontraba investigando, entre otros, el caso de la desaparición de *19 Comerciantes* ocurrida en octubre de 1987³⁵. Dicha desaparición fue perpetrada por el grupo paramilitar ACDEGAM³⁶, que contaba con apoyo y vínculos estrechos con altos mandos de la Fuerza Pública³⁷. Al respecto, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, para condenar a uno de los autores intelectuales de la masacre de La Rochela, tomó en cuenta, *inter alia*, su “especial interés en obstaculizar la investigación por la muerte de los comerciantes” ya que había participado en esos hechos siendo uno de los principales líderes de ACDEGAM³⁸.

91. Asimismo, ese grupo paramilitar ACDEGAM y el grupo paramilitar “Los Masetos”, ejecutor de la masacre de La Rochela, tenían una relación directa, como se deriva del Informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 15 de marzo de 1989. Este informe señala a “Los Masetos” como una de las dieci-

³⁵ La Corte determinó la responsabilidad internacional de Colombia en dicho caso. Cfr. Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

³⁶ Este grupo denominado Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio (ACDEGAM) se conformó en 1984 en el Municipio de Puerto Boyacá como “grupo de autodefensa” que después derivó en grupo paramilitar.

³⁷ Cfr. Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 33, párr. 84.d), 86.a), 86.b), 86.c), 125 a 136.

³⁸ Cfr. sentencia emitida el 23 de mayo de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga en la que se condena a Maceliano Pannesso Ocampo (expediente sobre el fondo y eventuales reparaciones y costas, Tomo V, folios 1946 a 1948).

séis “coberturas que muchas veces utilizó la organización paramilitar ACDEGAM para cometer crímenes y desviar las investigaciones”³⁹. Asimismo, la resolución de 7 de enero de 1999 emitida por la Unidad de Terrorismo de la Fiscalía indica que en la decisión de masacrar a la Comisión Judicial “toman parte los cabecillas máximos” de ACDEGAM⁴⁰. Además, mediante resolución de 21 de marzo de 2006, la Fiscalía 14 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario señaló que

la pluralidad de conductas penales perpetradas el 18 de enero de 1989, fueron cometidas por un proyecto paramilitar que surgió por iniciativa de grupos de narcotraficantes [...] y asociaciones de ganaderos de la región, como ‘ACDEGAM, asociación de ganaderos del Magdalena Medio’⁴¹.

* *

92. Después de exponer el contexto general existente a la época de los hechos, corresponde ahora hacer referencia a los hechos relativos a la conformación y actuación del grupo paramilitar “Los Masetos”, grupo que perpetró la masacre de La Rochela, y su relación con miembros de la Fuerza Pública.

93. Está probado que la participación de agentes estatales en la conformación y apoyo del grupo paramilitar que cometió la masacre de La Rochela se efectuó al amparo del referido marco normativo (*supra* párrs. 82 a 85) y, en particular, en aplicación de los mencionados reglamentos de contraguerrilla (*supra* párrs. 88 y 89).

94. En primer lugar, agentes estatales participaron en el surgimiento y formación del grupo paramilitar “Los Masetos”. Sobre este punto, el Consejo de Estado de Colombia sostuvo que:

Aparece demostrada en el presente proceso, [...] la participación de miembros del ejército que promovieron la formación del grupo

³⁹ Cfr. expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A35, folios 647 y 648.

⁴⁰ Cfr. expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A30, folios 358 y 359.

⁴¹ Cfr. expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, Tomo II, anexo 3U, folios 5020, 5021 y 5025.

denominado LOS MAS ETOS y apoyaron y encubrieron sus actividades; que los miembros de dicho grupo fueron los autores de la masacre [...]. Todos estos hechos demuestran, entonces, la *participación activa de los miembros del ejército nacional en la conformación del grupo de delincuentes autores del asesinato de los miembros de la comisión*, al punto que, como lo indicó uno de los jueces de Instrucción Criminal encargado de la investigación, no había siquiera posibilidades de pedir protección al Ejército Nacional, por estar sus miembros involucrados en semejantes acontecimientos⁴². *(el resaltado no es del original)*

95. Asimismo, el Estado reconoció que “Los Masetos” operaban desde su base en Campo Capote, con la colaboración de unidades del Ejército al mando del Teniente Luis Enrique Andrade Ortiz y con el apoyo del Sargento Primero Otoniel Hernández. Al respecto, el Tribunal Superior de Orden Público⁴³ estableció que el referido teniente “permitía la operancia libremente de ese personal armado en la zona, contando con su aquiescencia”, “tenía conocimiento de lo que hacían esos sujetos y mostraba su asentimiento”. Asimismo, dicho tribunal afirmó que el Teniente Andrade “andaba en patrullaje y en reuniones de todo tipo con personal que a todas luces contrariaba la ley al andar armado y uniformado, conformando lo que los testigos han dado en comparar con un verdadero ejército”.

96. En cuanto al apoyo que agentes estatales brindaron al grupo paramilitar que cometió la masacre y las relaciones que sostenían, ello también se efectuó en aplicación de los mencionados reglamentos de contraguerrilla. En el juicio penal ordinario que fue adelantado en su contra, el Teniente Luis Enrique Andrade afirmó que “utilizó a Julián Jaimes, jefe del grupo paramilitar “Los Masetos”, como informador de la base Militar, y que por tanto, con esa calidad le dotó de uniforme y armas para que sirviera de guía en ubicación de las guerrillas”⁴⁴. Por

⁴² Cfr. sentencia emitida el 1 de febrero de 1996 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A82, folios 1110 y 1112).

⁴³ Cfr. sentencia emitida el 14 de noviembre de 1990 por el Tribunal Superior de Orden Público (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A32, folios 499, 501 y 502).

⁴⁴ Cfr. supra nota 67 (folio 499).

su parte, el abogado defensor del Teniente Andrade sostuvo que “lo único cierto es el empleo del Teniente Andrade de Julián Jaimes como guía del Ejército, estando autorizado por los mismos reglamentos de la Institución para dotarlo de uniformes y armamento adecuado”⁴⁵. Asimismo, el mencionado Tribunal Superior de Orden Público (*supra* párr. 95), en su análisis de la actuación del Teniente Andrade a la luz de dichos reglamentos castrenses, consideró que:

Para cumplir su finalidad de adelantar la lucha contraguerrillera en la zona de su jurisdicción acudió a particulares en orden a formar un bloque unido contra los insurgentes y fue precisamente éste el origen de las arbitrariedades y conductas lesivas que son materia de estudio. No es posible desprender su calidad de Militar de los actos a él imputados porque ellos encuentran su génesis y razón de ser en esa especial calidad de quien los realizaba.

Ostensible resulta que en esos comportamientos el Oficial desbordara los límites de su función, pero también, que siempre *lo hizo como integrante de las Fuerzas Armadas y con el específico objetivo de llevar a cabo una misión*⁴⁶. (*el resaltado no es del original*)

97. Al analizar el caso del Teniente Andrade, el Juzgado 126 de Instrucción Penal Militar, teniendo en cuenta los reglamentos militares mencionados (*supra* párrs. 88 y 89), sostuvo que “la actitud asumida por aquel de recurrir a la población civil para el cumplimiento de su misión dotando de armamento y prendas militares, no es iniciativa propia de él sino una táctica empleada desde épocas atrás por el Ejército colombiano, tal como está demostrado en el Reglamento de Combate de Contraguerrillas del Ejército Nacional, cuarta edición de 1987”⁴⁷. Adicionalmente, en las sentencias del Tribunal Administrativo de Santander y del Consejo de Estado en relación con el caso de la masacre de La Rochela, también se reconoce la relación entre la aplicación de los mencionados reglamentos y la con-

⁴⁵ Cfr. *supra* nota 67 (folio 499).

⁴⁶ Cfr. *supra* nota 67 (folios 502 y 503).

⁴⁷ Cfr. sentencia emitida el 31 de octubre de 1989 por el Juzgado 126 de Instrucción Penal Militar (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A52, folios 853 y 854).

formación y apoyo del grupo paramilitar que cometió dicha masacre. El Tribunal Administrativo de Santander consideró que el Teniente Andrade actuó “con ocasión del servicio y utilizando su condición de miembro de las fuerzas militares organizó y apoyó los grupos armados que causaron la masacre”, razón por la cual “la falta del funcionario estuvo vinculada con el servicio, fluyendo de tal manera el nexo con este”⁴⁸. Por su parte, el Consejo de Estado expresó que “las actividades adelantadas por el oficial, suministro de armamento y uniformes de uso privativo de la fuerza pública al grupo Los Masetos, las realizó en ejercicio de sus funciones sin que pueda entenderse que tal comportamiento hubiese sido a título personal y desvinculado con el servicio”, razón por la cual “es dable deducir que la falta del militar estuvo vinculada con el servicio y que, por tanto, su ilegítima actuación resulta comprometedora de la responsabilidad estatal”⁴⁹.

98. Por otra parte, se ha probado ante esta Corte la realización de reuniones en las cuáles se decidió efectuar la masacre y se organizó la logística que permitiera su realización⁵⁰. Dichas pruebas señalan la participación de reconocidos narcotraficantes y paramilitares

⁴⁸ Cfr. sentencia emitida el 1 de febrero de 1994 por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso planteado por los familiares de la víctima Carlos Fernando Castillo Zapata (expediente de prueba presentada por el Estado el 8 de noviembre de 2006, folios 6798 y 6801); y sentencia emitida el 6 de octubre de 1995 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo V, anexo 23, folio 3245).

⁴⁹ Cfr. sentencia emitida el 4 de septiembre de 1997 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, Tomo III, anexo 32, folios 5377 y 5379).

⁵⁰ Cfr. resolución emitida el 7 de enero de 1999 por la Unidad de Terrorismo de la Fiscalía (expediente de anexos a la demanda, anexo 30, folios 358 y 359); resolución emitida el 21 de marzo de 2006 por la Fiscalía 14 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, Tomo II, anexo 3U, folio 5023); y sentencia emitida el 23 de mayo de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga (expediente de fondo, eventuales reparaciones y costas, Tomo V, folios 1937 y 1946). En relación con una de las reuniones de planeación de la masacre, este juzgado valoró como creíble el testimonio de Alonso de Jesús Baquero al precisar, inter alia, que “MARCELIANO PANESSO [...] participó en la reunión donde se decidió

en una reunión donde se toma la decisión de ejecutar a los miembros de la Comisión Judicial. Asimismo, en algunas de dichas reuniones presuntamente habrían participado miembros de la Fuerza Pública. Además, las pruebas concuerdan en indicar que uno de los objetivos de la masacre era sustraer o destruir los expedientes que llevaba dicha comisión⁵¹.

99. La Corte hace notar que el Estado manifestó que “reconoce como válido en la intervención de los representantes la precisión de algunos hechos concretos relacionados con la masacre, frente a los cuales no observa reparo alguno (pp. 28 a 31)”⁵². Al respecto, en la página 29 de su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes señalaron que “debido a que la Comisión Judicial debía adelantar investigaciones sobre graves crímenes supuestamente cometidos por la Fuerza Pública, [...] v arios oficiales castrenses se reunieron en Barrancabermeja y tomaron la decisión de matar a los miembros de la Comisión Judicial, con el fin de interrumpir así las investigaciones”⁵³.

la desaparición de la comisión judicial en la que también participaron GACHA, HENRY PÉREZ, IVÁN DUQUE, JORGE AMARILES, NELSON LESMES, RAMÓN ISAZA y EDUARDO RAMÍREZ”.

⁵¹ Cfr. resolución emitida el 30 de junio de 2005 por la Fiscalía 14 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 56.4, folios 3639 a 3641). En esta decisión la Fiscalía indicó que consideraba como claro, coherente, pertinente y conducente el testimonio de Alonso de Jesús Baquero Agudelo, quien señala que en una de las reuniones de planeación “se comunicó con el policía Sarria, quien dispuso que el agente Briceño, [...] los conduciría hasta el restaurante [...] donde se efectuó la reunión con el mayor Gil de la policía; allí almorzaron y se habló de la posibilidad de retirar los escoltas del hotel donde pernoctaba la comisión judicial y enviar unos integrantes paramilitares, con el objeto de sacar los expedientes”. Asimismo, cfr. declaración de 30 de agosto de 1996 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante los Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A9, folios 114 a 116).

⁵² Cfr. escrito de contestación a la demanda (expediente sobre fondo y eventuales reparaciones y costas, Tomo III, folio 757).

⁵³ Cfr. escrito de solicitudes y argumentos (expediente sobre fondo y eventuales reparaciones y costas, Tomo I, folios 186 y 187). Este argumento de los representantes está basado en el testimonio rendido por Jimmy Alberto Arenas en

100. Además de lo anterior, respecto de la época correspondiente al presente caso, constan testimonios sobre nóminas y pagos a miembros de los grupos paramilitares como informantes o guías adscritos a los servicios de inteligencia militar que operaban en el Magdalena Medio⁵⁴. De otra parte, un informe del DAS⁵⁵ y testimonios⁵⁶ señalan la existencia de patrullaje conjunto entre el

el ámbito interno. Cfr. diligencia de indagatoria de 19 de diciembre de 1996 rendida por Jimmy Alberto Arenas Robledo ante la Dirección Nacional de Fiscalías de la Unidad Nacional de Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A11, folios 135-143); y declaración de 7 de marzo de 1997 rendida por Jimmy Alberto Arenas ante la Dirección Nacional de Fiscalías (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A15, folios 179 a 182). Este testimonio también fue reseñado por la Unidad de Terrorismo de la Fiscalía. Cfr. resolución emitida el 7 de enero de 1999 por la Unidad de Terrorismo de la Fiscalía Regional de Bogotá (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A30, folios 336 y 337).

⁵⁴ Cfr. ampliación de indagatoria de 3 de agosto de 1995 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 47, folios 3492 y 3493); declaración de 29 de agosto de 1995 rendida por Efrén Galeano López ante el Cuerpo Técnico de Investigación Regional Cúcuta (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 48, folios 3500 a 3502); ampliación de indagatoria de 12 de febrero de 1996 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 50, folio 3537); declaración de 30 de agosto de 1996 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante el Despacho Provisional del Fiscal Regional Delegado ante los Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A9, folio 119); diligencia de indagatoria de 19 de diciembre de 1996 rendida por Jimmy Alberto Arenas Robledo ante la Dirección Nacional de Fiscalías de la Unidad Nacional de Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A11, folios 135-143); declaración rendida por Robinson Fortecha ante el Juzgado Segundo de Orden Público de Pasto (expediente de anexo a la demanda, Tomo I, anexo A31, folio 419) y también valorada en la sentencia emitida el 14 de noviembre de 1990 por el Tribunal Superior de Orden Público (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A32, folio 516); declaración rendida por Martín Emilio Sánchez Rodríguez ante la Procuraduría General de la Nación (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A65, folio 993); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folios 7516 y 7517).

⁵⁵ Cfr. informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) emitido el 15 de marzo de 1989 (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A35, folio 607).

⁵⁶ Cfr. ampliación de indagatoria de 3 de agosto de 1995 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico

ejército y los grupos paramilitares de la zona, acompañada de la utilización de bases militares, armas de guerra e incluso helicópteros⁵⁷. Asimismo, un informe del DAS⁵⁸ y testimonios⁵⁹ hacen alusión al uso del sistema de comunicaciones del ejército por parte de grupos paramilitares. Finalmente, se encuentra al menos una sentencia judicial⁶⁰, un informe del DAS⁶¹, testimonios⁶² y un

de Investigación (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 47, folios 3492 y 3493); ampliación de declaración de 21 de julio de 1997 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A17, folio 195); ampliación de indagatoria de 1 de marzo de 1996 de Luis Alberto Arrieta Morales ante la Fiscal Delegada (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 56.1, folio 3594); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folios 7513 y 7514).

⁵⁷ Cfr. ampliación de indagatoria de 12 de febrero de 1996 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 50, folios 3537 y 3539); y ampliación de indagatoria de 3 de agosto de 1995 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 47, folio 3493).

⁵⁸ Cfr. informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 15 de marzo de 1989 (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A35, folio 659).

⁵⁹ Cfr. ampliación de indagatoria de 3 de agosto de 1995 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 47, folios 3492 y 3493); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folio 7516).

⁶⁰ Cfr. sentencia emitida el 14 de abril de 1998 por el Tribunal Nacional.

⁶¹ Cfr. informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) emitido el 13 de febrero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo A36, folio 742).

⁶² Cfr. declaración de 29 de agosto de 1995 rendida por Efrén Galeano López ante el Cuerpo Técnico de Investigación Regional Cúcuta (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 48, folios 3500 y 3501); ampliación de indagatoria de 3 de agosto de 1995 rendida por Alonso de Jesús Baquero Agudelo ante la Fiscalía Regional Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 47, folios 3492 y 3493); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folios 7512 a 7515).

peritaje⁶³ que aluden a entrenamiento de estos grupos auspiciado por el Ejército.

* *

101. Con base en todas las anteriores consideraciones y tomando en cuenta el reconocimiento efectuado por Colombia, la Corte considera que, en el presente caso, es atribuible la responsabilidad internacional al Estado con fundamento en que:

- a. el Estado estableció un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa, que contaban con el apoyo de las autoridades estatales y que derivaron en paramilitares. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (*supra* párrs. 82 a 87);
- b. las violaciones ocurrieron en una época en que ese marco legal se encontraba vigente, a pesar de que ya habían transcurrido varios años desde que se hizo notoria la transformación de grupos de autodefensa en paramilitares (*supra* párrs. 84 y 85);
- c. las violaciones se cometieron en el marco de reglamentos y manuales de combate contra las guerrillas, adoptados por la máxima autoridad de las Fuerzas Militares, que establecían como funciones de los agentes militares el organizar “en forma militar” a la población civil en grupos o juntas de autodefensa y ejercer control y autoridad sobre tales grupos, los cuales debían cumplir funciones de patrullaje y apoyo a la ejecución de operaciones de combate y de inteligencia militar (*supra* párrs. 88, 89, 96 y 97);
- d. miembros del Ejército promovieron la formación del grupo paramilitar “Los Masetos”, que perpetró la masacre de La Rochela, y le brindaban apoyo (*supra* párrs. 94 y 95);
- e. el Ejército utilizaba a miembros del grupo paramilitar “Los Masetos” como guías, incluso realizando acciones de patrullaje de manera conjunta y dotándolos de armamento militar (*supra* párrs. 95, 96, 97 y 100);
- f. el Estado reconoce que los miembros del grupo paramilitar “Los Masetos” contaron con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales para ejecutar la Masacre de La Rochela;
- g. el Estado reconoce que los miembros de la Comisión Judicial fueron ejecutados mientras estaban investigando crímenes presuntamente cometidos por paramilitares y miembros de la fuerza pública en la zona del Magdalena Medio;
- h. el objetivo de las violaciones en este caso era ejecutar a los miembros de la Comisión Judicial y sustraer o destruir los expedientes que llevaba dicha comisión en relación con dichas investigaciones; e

⁶³ Cfr. dictamen escrito rendido por el perito Iván Cepeda Castro el 16 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo II, folio 7174).

- i. el Estado reconoce que incurrió en una omisión respecto a la protección de la Comisión Judicial, omisión que la Corte hace notar se produjo dentro de un contexto de riesgo para los funcionarios judiciales en el cumplimiento de sus labores (*supra* párr. 80).

102. La Corte observa que en el presente caso el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. Fue de tal magnitud esta situación en la que particulares colaboraron en el desarrollo de dichas funciones, que cuando el Estado trató de adoptar las medidas para enfrentar el desborde en la actuación de los grupos paramilitares, estos mismos grupos, con el apoyo de agentes estatales, atentaron contra los funcionarios judiciales.

103. Finalmente, es importante resaltar que los hechos del presente caso (*infra* párrs. 106 a 120) revisten una particular gravedad porque estaban dirigidos a impedir la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y fueron cometidos de la forma más inhumana, acabando con la vida de los funcionarios judiciales. Aunado a ello, la masacre de La Rochela tuvo la grave consecuencia de intimidar a los funcionarios del Poder Judicial en la investigación de este y otros casos⁶⁴. [...]

⁶⁴ Cfr. declaración jurada escrita rendida por Antonio Suárez Niño el 18 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo II, folios 7297 y 7298); declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folios 7509, 7510, 7517 y 7518); y testimonio rendido por Virgilio Hernández Castellanos en la audiencia pública ante la Corte Interamericana celebrada los días 31 de enero y 1 de febrero de 2007.

El derecho a la vida de las personas con discapacidad mental y los deberes del Estado

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Ximenes Lopes vs. Brasil
Sentencia de 4 de julio de 2006

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 1 de octubre de 2004, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió ante la Corte una demanda contra la República Federativa del Brasil (en adelante “el Estado” o “el Brasil”), la cual se originó en la denuncia No. 12.237, recibida en la Secretaría de la Comisión el 22 de noviembre de 1999.

2. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes (en adelante “el señor Damião Ximenes Lopes”, “el señor Ximenes Lopes” o “la presunta víctima”), por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental; los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de que se indica fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes (en adelante “la

Casa de Reposo Guararapes” o “el hospital”); su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan su caso y lo mantienen en la impunidad. La presunta víctima fue internada el 1 de octubre de 1999 para recibir tratamiento psiquiátrico en la Casa de Reposo Guararapes, la cual era un centro de atención psiquiátrica privado, que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil, llamado Sistema Único de Salud (en adelante “el Sistema Único de Salud” o “el SUS”), en el Municipio de Sobral, estado del Ceará. El señor Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999 dentro de la Casa de Reposo Guararapes, al final de tres días de internación.

3. Agregó la Comisión que los hechos del presente caso se ven agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental, así como por la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud del Estado. Consecuentemente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda y que reintegre las costas y gastos. [...]

VIII

VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4.1 Y 5.1 Y 5.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA,
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA
(DERECHO A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y
OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)

Alegatos de la Comisión

113. La Comisión alegó, *inter alia*, lo siguiente:

a) Respecto de la violación del derecho a la vida:

- i. el Estado no cumplió con su obligación de proteger y preservar la vida del señor Damião Ximenes Lopes. Esta violación puede apreciarse no sólo porque sus agentes le causaron la muerte, sino porque el Estado no ejerció debidamente la fiscalización de la Casa de Reposo Guararapes, y

- ii. la falta de una investigación seria y sanción a los responsables por la muerte del señor Ximenes Lopes, constituye una violación por parte del Estado a su obligación de garantizar el derecho a la vida.
- b) Respecto de la violación del derecho a la integridad personal:
 - i. las condiciones de hospitalización en la Casa de Reposo Guararapes eran *per se* incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana; por el mero hecho de haber sido internado en dicha institución como paciente del SUS, el señor Damião Ximenes Lopes fue sometido a tratamiento inhumano o degradante, y
 - ii. la contención física aplicada al señor Ximenes Lopes no tomó en cuenta los parámetros internacionales sobre la materia. La presunta víctima no fue mantenida en condiciones dignas, ni bajo el cuidado, la supervisión inmediata y regular de personal calificado de salud mental.
- c) Respecto del allanamiento, está de acuerdo con el reconocimiento efectuado por el Estado, no hay controversia en relación con los hechos que antecedieron a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, los cuales están descritos en la demanda.

Alegatos de los representantes

114. Los representantes señalaron, *inter alia*, lo siguiente:

- a) Respecto de la violación del derecho a la vida:
 - i. el Estado falló en su obligación de preservar y proteger la vida del señor Damião Ximenes Lopes, ya que no adoptó medidas de prevención para impedir su muerte, no fiscalizó, ni monitoreó el funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, y
 - ii. la falta de una investigación seria y efectiva, y sanción de los responsables por la muerte de la presunta víctima constituye una violación del Estado de su obligación de garantizar el derecho a la vida.
- b) Respecto de la violación del derecho a la integridad personal, el señor Damião Ximenes Lopes fue sometido a tratos crue-

les, inhumanos y degradantes en la Casa de Reposo Guararapes. Las agresiones fueron perpetradas por los individuos que tenían la guardia del señor Ximenes Lopes, y quienes debían cuidarle, resguardar su salud y su integridad personal. Las condiciones de internación y los cuidados ofrecidos por dicho hospital autorizado por el Sistema Único de Salud, eran *per se*, atentatorios al derecho a la integridad personal.

- c) Respecto del allanamiento, señaló que el Estado violó cuatro deberes que tenía en relación con los pacientes de la Casa de Reposo Guararapes: a) prevenir daños no naturales; b) investigar y permanecer informado sobre las condiciones del hospital; c) monitorear y controlar los funcionarios, y d) no causar, de forma negligente o intencional, la muerte de pacientes que se encuentren bajo su custodia.

Alegatos del Estado

115. El Estado manifestó, *inter alia*, que reconoce su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en demostración de su compromiso con la tutela de los derechos humanos.

Consideraciones de la Corte

116. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

117. El inciso 1 del artículo 4 de la Convención dispone que

toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

118. El artículo 5 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
[...]

119. La Corte reitera que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y tiene fundamental importancia para la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana^{1*2} en el Estado.

120. El Tribunal tiene por establecido que en la Casa de Reposo Guararapes existía un contexto de violencia en contra de las personas ahí internadas, quienes estaban bajo la amenaza constante de ser agredidas directamente por los funcionarios del hospital, o bien de que éstos no impidiesen las agresiones entre los pacientes, ya que era frecuente que los empleados no tuviesen entrenamiento para trabajar con personas con discapacidades mentales. Los enfermos se encontraban sujetos a la violencia también cuando entraban en un estado crítico de salud, ya que la contención física y el control de pacientes que entraban en crisis, era frecuentemente realizada con la ayuda de otros pacientes. La violencia, sin embargo, no era el único obstáculo para la recuperación de los pacientes de la Casa de Reposo Guararapes, sino que las precarias condiciones de mantenimiento, conservación e higiene, así como de la atención médica, también constituían una afrenta a la dignidad de las personas ahí internadas. En la Casa de Reposo Guararapes el almacenamiento de los alimentos era inadecuado; las condiciones higiénicas y sanitarias del hospital eran precarias, los baños se encontraban dañados, sin duchas, lavamanos, ni basurero y el servicio sanitario

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 55; *Caso Blanco Romero*, *supra* nota 20, párr. 100; y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 60.

se encontraba sin cobertura ni higiene; no había médico de planta, la atención médica a los pacientes era frecuentemente prestada en la recepción del hospital, y algunas veces faltaba medicación; faltaban aparatos esenciales en la sala de emergencias, tales como tubos de oxígeno, “aspirador de secreción” y vaporizador; en los prontuarios médicos no constaba la evolución de los pacientes ni los informes circunstanciados de seguimiento que debían hacer los profesionales de asistencia social, psicología, terapia ocupacional y enfermería; el propietario del hospital no se encontraba presente de forma asidua, por lo que era evidente la falta de administración. En resumen, y según señaló la Comisión de Investigación Administrativa instaurada con posterioridad a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, la Casa de Reposo Guararapes “no ofrecía las condiciones exigibles y era incompatible con el ejercicio ético-profesional de la Medicina” (*supra* párrs. 112.56, 112.57, 112.61, 112.63, 112.64 y 112.65).

121. La Corte ha tenido por probado que al momento de la visita de la señora Albertina Viana Lopes a la Casa de Reposo Guararapes el 4 de octubre de 1999, el señor Damião Ximenes Lopes se encontraba sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excrementos, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. Con posterioridad a ese encuentro, el señor Damião Ximenes Lopes recibió un baño y aún con las manos atadas, se cayó de la cama. La presunta víctima permaneció en el suelo, fue medicado, y posteriormente falleció, sin la presencia o supervisión de médico alguno. La autopsia realizada señaló que el cuerpo presentaba excoriaciones localizadas en la región nasal, hombro derecho, parte anterior de las rodillas y del pie izquierdo, equimosis localizadas en la región del ojo izquierdo, hombro homolateral y puños, por lo que esta Corte consideró probado que la muerte se dio en circunstancias violentas (*supra* párrs. 112.9, 112.10, 112.11 y 112.14).

122. En el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, el Estado reconoció los hechos de la demanda relacionados con el fallecimiento del señor Damião Ximenes Lopes, y la falta de prevención para superar las condiciones que permitieron que ocurriera tal incidente, así como la precariedad del sistema de atención mental al cual la presunta víctima fue sometida, al momento de los

hechos, lo que constituyó una violación del artículo 4 de la Convención. El Estado, además, reconoció los malos tratos de que fue víctima el señor Ximenes Lopes antes de su muerte, en violación del artículo 5 de la Convención (*supra* párrs. 36, 63 y 66).

123. No obstante ello, la Corte considera pertinente analizar ciertos aspectos relativos a la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención en el presente caso, ya que esta es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una discapacidad mental. La Corte analizará el tema bajo dos perspectivas: A) los derechos de las personas con discapacidad mental, y B) los deberes del Estado en relación con esas personas.

A. Los derechos de las personas con discapacidad mental

1. El derecho a la vida y a la integridad personal

124. Esta Corte reiteradamente ha afirmado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo³.

125. En virtud de este papel fundamental que se asigna al derecho a la vida en la Convención, la Corte ha afirmado en su jurisprudencia constante que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se

³ *Cfr. Caso Baldeón García, supra* nota 4, párrs. 82 y 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra* nota 4, párrs. 150, 151 y 152; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra* nota 25, párrs. 119 y 120; *Caso de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 21, párr. 232; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 30, párrs. 161 y 162; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 65 y 66; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 156 y 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 128 y 129; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 152 y 153; *Caso Juan Humberto Sánchez, supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él⁴. En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho⁵.

126. A su vez, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*⁶.

⁴ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 151; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 120; *Caso Huilca Tecse*, *supra* nota 108, párr. 65; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *supra* nota 108, párr. 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, *supra* nota 108, párr. 128; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 108, párr. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 108, párr. 144.

⁵ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 85; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 153; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 120; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 232; *Caso Comunidad Indígena Yakeye Axa*, *supra* nota 30, párr. 162; *Caso Huilca Tecse*, *supra* nota 108, párr. 66; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *supra* nota 108, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, *supra* nota 108, párr. 129; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 108, párr. 144.

⁶ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 117; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 222; *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de

El derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna⁷.

127. La Corte ya ha establecido que “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”⁸. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.

2. El derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y a una atención médica eficaz

128. Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental⁹. La

20 de junio de 2005. Serie C No 126, párr. 117; *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 59; *Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 24, párr. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 125; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 143; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párrs. 111 y 112; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 89 y 92; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 154; y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95.

⁷ Cfr. artículos 5 y 27 de la Convención Americana. Ver en ese sentido, *Caso de la Masacre Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 119; y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, *supra* nota 108, párr. 157.

⁸ Cfr. *Caso Caesar*, *supra* nota 111, párr. 69; y *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

⁹ Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 1;

anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales¹⁰.

129. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas¹¹.

130. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad

Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principio 2; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades. Resolución No. 48/96 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2; y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrs. 95 al 107.

¹⁰ *Cfr.* Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, *supra* nota. 35, artículo III.2; y Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principios 1, 2 y 4.

¹¹ *Cfr.* Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, *supra* nota 114, art. 9.4; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, "Personas con Discapacidad", *supra* nota 35, párr. 9; y Normas del Co-

y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado¹².

i) Cuidados mínimos y condiciones de internación dignas

131. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente. Los principios 1, 8 y 9 del mencionado catálogo,

mité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, párr. 51. En ese sentido, *cfr.* European Court of Human Rights, *Keenan v. United Kingdom*, Application no. 27229/95, judgment of 3 April 2001, p. 111, y European Court of Human Rights, *Herczegfalvy v. Austria*, Application no. 10533/83, judgment of 24 September 1992, p. 82.

¹² *Cfr.* Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principios 9.4 y 11; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Noemas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principios 5, 6 y 9; Organización Panamericana de Salud, Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina el 14 de noviembre 1990, art. 3; Asociación Psiquiátrica Mundial (APM), Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de la APM el 25 de agosto 1996, revisada el 26 de agosto 2002, preámbulo y párr. 4; y World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983, p. 2 y 5.

establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos, y las normas de la atención médica y del tratamiento a ser prestado a las personas con discapacidad mental. Además, el lugar y las condiciones físicas en que se desarrolla el tratamiento deben ser conformes con el respeto a la dignidad de la persona, de acuerdo con el Principio ¹³.

132. La Corte considera que las precarias condiciones de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, tanto en cuanto las condiciones generales del lugar como la atención médica, se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno, particularmente en razón de que afectaban a personas con una gran vulnerabilidad por su discapacidad mental, y eran *per se* incompatibles con una protección adecuada de la integridad personal y de la vida.

ii) El uso de la sujeción

133. La sujeción se entiende como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restrinja su libertad de movimiento. La Corte toma nota que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento¹³.

134. El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con

¹³ *Cfr.* Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004. Extracto del 8º Informe General CPT/INF(98) 12, párrs. 47 al 49; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services*, 25 February 1999; *American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1º, 1997*; y *American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities*, June 1989, p. 5.

la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes¹⁴.

135. Además, y en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud¹⁵.

136. Al señor Damião Ximenes Lopes se le sujetó con las manos hacia atrás entre la noche del domingo y el lunes por la mañana sin una reevaluación de la necesidad de proseguir en la contención, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Esta forma de sujeción física a que fue sometida la presunta víctima no satisface la necesidad de proveer al paciente un tratamiento digno, ni la protección de su integridad psíquica, física o moral.

B. Los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental

137. La Corte ya señaló que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular.

¹⁴ *Cfr.* Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 11.11.

¹⁵ *Cfr.* Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 11.11; Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, *supra* nota 117, preámbulo; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principio 4.3; y *Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, *supra* nota 117, p. 1.

1. El deber de cuidar

138. Con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estima necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna¹⁶.

139. En segundo lugar, el Tribunal considera que lo anterior se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud.

140. Finalmente, los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas.

¹⁶ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 120; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 104 a 106; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 221; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 30, párr. 162, *Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 24, párr. 102; *Caso Tibi*, *supra* nota 111, párr. 150; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, *supra* nota 108, párr. 152; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 98; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138, y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 111. En el mismo sentido, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2005, considerando sexto; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero.

2. El deber de regular y fiscalizar

141. El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (*supra* párrs. 89 y 90). En particular, respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud, tal y como lo hacía la Casa de Reposo Guararapes, el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas.

142. En el presente caso la Casa de Reposo Guararapes operaba en el marco del sistema público de salud, y el Estado estaba obligado a regularla y fiscalizarla, no sólo en virtud de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana, sino también en razón de su normativa interna. Según lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución, “son de relevancia pública las acciones y servicios de salud, y cabe al poder público disponer, de acuerdo con la ley, sobre su reglamentación, fiscalización y control ...”. Asimismo, el artículo 200 de la Constitución señala que “al Sistema Único de Salud compete [...] controlar y fiscalizar procedimientos ... y ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria...”. A su vez, el artículo 6° de la Ley No. 8.080 de 1990 dispone que “están incluidas en el campo de actuación del Sistema Único de Salud (SUS), *inter alia*, la ejecución de acciones [...] tanto de vigilancia sanitaria, la cual se comprende por un conjunto de acciones capaz de eliminar, disminuir o prevenir riesgos a la salud y de intervenir en los problemas sanitarios decurrentes [...] de la prestación de servicios de interés de la salud, así como el control y la fiscalización de servicios, productos y sustancias de interés de la salud ...”.

143. El Tribunal observa que el Estado conocía las condiciones de internación que la Casa de Reposo Guararapes ofrecía en la época de los hechos. La violencia en contra de sus pacientes ya había sido el contexto de la muerte de dos personas internadas en dicho hospital (*supra* párr. 112.58). Además, el 15 de mayo de 1996 el

Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica del Ministerio de Salud (GAP) había emitido un informe sobre el resultado de la inspección realizada en la Casa de Reposo Guararapes, en el cual se recomendó el cierre de dos enfermerías del hospital, por falta de condiciones de funcionamiento, infiltración y otras irregularidades (*supra* párr. 112.62).

144. La Corte observa que fue hasta el 21 de octubre de 1999 que los funcionarios del Departamento de Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizaron una inspección en la Casa de Reposo Guararapes para averiguar si el hospital obedecía las especificaciones de la normativa pertinente. Además, hasta el 4 de noviembre de 1999 la Coordinadora de Control, Evaluación y Auditoría y el Médico Auditor del Sistema Municipal de Auditoría, visitaron la Casa de Reposo Guararapes. Coincidentemente, los tres órganos concluyeron que el hospital no cumplía con las exigencias de la normativa pertinente y recomendaron que se arreglaran de inmediato las irregularidades (*supra* párrs. 112.63 y 112.64).

145. A pesar de que la competencia contenciosa de la Corte fue reconocida por el Estado el 10 de diciembre de 1998, el Tribunal considera que el lapso de 10 meses y 11 días desde esa fecha hasta el 21 de octubre de 1999, período en que ninguna medida fue adoptada para mejorar las precarias condiciones de la atención de salud en la Casa de Reposo Guararapes, no es compatible con el deber del Estado de regular la atención de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, en razón de que ya había una situación irregular desde el 15 de mayo de 1996.

146. El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir, en el presente caso, su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

3. El deber de investigar

147. La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden

normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁷. En ese sentido, una de esas condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado¹⁸.

148. Dado lo anterior el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa¹⁹. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales²⁰.

149. Para determinar si la obligación de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal mediante una investigación seria de lo ocurrido se ha cumplido a cabalidad, es preciso examinar los procedimientos abiertos a nivel interno destinados a dilucidar los hechos, lo cual se efectuará en el Capítulo X de la presente Sentencia.

¹⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 167; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 142.

¹⁸ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 92; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 142; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 233.

¹⁹ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párrs. 92 y 93; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 143; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párrs. 219 y 223.

²⁰ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 94; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 143; y *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 203.

*

150. Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que, por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes. [...]

Del uso de fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad y condiciones de detención

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela
Sentencia de 5 de julio de 2006
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VIII. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4 (DERECHO A LA VIDA) Y 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA

61. Como fuera mencionado anteriormente (*supra* párr. 57), la Corte considera que el allanamiento del Estado por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención, en perjuicio de las víctimas individualizadas en el párrafo 60.26 de esta Sentencia, constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a los principios que inspira la Convención Americana.

62. Sin perjuicio de lo anterior, y debido a las graves circunstancias en que acontecieron los hechos, el Tribunal considera pertinente analizar ciertos aspectos relativos a la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención. En tal sentido, la Corte analizará: a) el uso de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad, y b) las condiciones carcelarias del Retén de Catia. Para ello, el Tribunal no considera oportuno resumir los alegatos de la Comisión y los representantes, puesto que el Estado se allanó totalmente a las violaciones que tales alegatos sustentaban.

A) Del uso de fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad

i. Principios generales sobre el derecho a la vida

63. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos¹². De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo³. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes⁴.

64. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo⁵. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)⁶.

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 82; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 120.

³ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 82; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 120, párr. 150, y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

⁴ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 82; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 120, párr. 150, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 119.

⁵ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 83; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 120, párr. 151, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párrs. 120.

⁶ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 83; *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 83, y *Caso del Tribunal Constitucional. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36.

65. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁷.

66. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares⁸; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna⁹. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

ii) El derecho del individuo a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza y el deber del Estado de usar ésta excepcional y racionalmente

67. El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este

⁷ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 84; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 120, párr. 120, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 120.

⁸ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 85; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 120, párr. 153, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 120.

⁹ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 85; *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161, y *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 152 y 153.

sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control¹⁰.

68. En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler¹¹. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria.

69. Según los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹², las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de “defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insu-

¹⁰ Cfr. *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto, e *Internado Judicial de Monagas (La Pica). Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 9 de febrero de 2006, considerando décimo séptimo.

¹¹ Cfr. ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*. Judgment of 25 April 2006. Application No. 19807/92, para. 67; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*. Judgment of 22 November 2005. Application No. 38595/97, para. 107-108; ECHR, *Case of McCann and Others v. the United Kingdom*. Judgment of 27 September 1995. Series A No. 324, paras. 148-150 and 194; Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3.

¹² Cfr. Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Principio 9.

ficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”

70. Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles¹³. Centros penitenciarios como el Retén de Catia, donde el tráfico de armas y drogas, la formación de bandas y la subcultura de violencia se intensifican bajo la mirada pasiva del Estado requieren del constante resguardo de la seguridad y vida de los internos y funcionarios que allí trabajan. Sin embargo, el Estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales para los internos en centros penitenciarios justificándose en la sola existencia de la situación antes descrita. Lo contrario sería absolver al Estado de su deber de adoptar acciones de prevención y de su responsabilidad en la creación de esas condiciones.

71. Es claro que las medidas a adoptarse por el Estado deben priorizar un sistema de acciones de prevención, dirigido, *inter alia*, a evitar el tráfico de armas y el aumento de la violencia, a un sistema de acciones de represión.

72. En el presente caso, según las versiones de algunos ex internos, la madrugada del 27 de noviembre de 1992 “los guardias ... abrieron las puertas de las celdas anunciando a los reclusos que quedaban en libertad, esperaron la salida de los internos y empezaron a disparar contra ellos”. Otras versiones de lo ocurrido indican que se generó un intento masivo de fuga que fue reprimido por las autoridades con exceso en el uso de la fuerza. En estos hechos habrían intervenido la guardia penitenciaria, la Policía Metropolitana y posteriormente la Guardia Nacional. A pesar de las distintas versiones de lo ocurrido, lo que queda claro de las actas de autopsia allegadas al Tribunal y del allanamiento del Estado, es que las

¹³ Cfr. *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II*, *supra* nota 128, considerando décimo quinto; *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*, *supra* nota 128, considerando décimo séptimo, y *Caso Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75.

muerdes de las víctimas del presente caso fueron producidas por heridas con armas de fuego, y en muchas de ellas, la trayectoria de los proyectiles indican que fueron ejecutadas extrajudicialmente.

73. Si lo que ocurrió los días 27 y 28 de noviembre de 1992 dentro del Retén de Catia fue un acto concebido y planeado por autoridades estatales para quitarle arbitrariamente la vida a decenas de internos, o fue producto de la reacción estatal desproporcionada al intento de fuga masiva y quebrantamiento del orden dentro del penal, es una cuestión que las autoridades de Venezuela tienen aún el deber de resolver. Para esta Corte los hechos establecidos evidencian un uso de extrema violencia por parte de los cuerpos de seguridad con consecuencias letales para la vida de los 37 internos en el Retén de Catia individualizados en esta sentencia, a todas luces violatorio del artículo 4 de la Convención Americana.

74. En este sentido, el Estado reconoció que la actuación de las cuerpos de seguridad que intervinieron en estos hechos no fue proporcional a la amenaza o peligro presentada, ni estrictamente necesaria para preservar el orden en el Retén de Catia.

iii) Creación de un marco normativo que regule el uso de la fuerza

75. Tal como se señaló en el párrafo 66 de la presente Sentencia, los Estados deben crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza del derecho a la vida. De allí que la legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales. Siguiendo los “Principios sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que: a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o

signifiquen un riesgo injustificado; d) reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, y f) establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

76. La legislación venezolana sobre el uso de la fuerza por autoridades estatales vigente al momento de los hechos carecía de las especificaciones mínimas que debía contener¹⁴. Las características de los hechos de este caso revelan que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos.

iv) Capacitación y entrenamiento a los agentes estatales en el uso de la fuerza

77. Una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹⁵. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la cuestión de si debería recurrirse al uso de armas de fuego y en qué circunstancias, debe decidirse sobre la base de disposiciones legales claras y entrenamiento adecuado¹⁶.

¹⁴ Cfr. Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, *supra* nota 130, Principio 11.

¹⁵ Cfr. *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

¹⁶ Cfr. ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*, *supra* nota 129, para. 68; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*, *supra* nota 129, para. 109-110; ECHR, *Case of Kilic v. Turkey*. Judgment of 28 March 2000. Application No. 22492/93, para. 62.

78. En el mismo sentido, esta Corte estima que es imprescindible que los agentes del Estado conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo. Además, los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales.

v) *Control adecuado y verificación de la legalidad del uso de la fuerza*

79. Del mismo modo, la prohibición general a los agentes del Estado de privar de la vida arbitrariamente sería inefectiva, en la práctica, si no existieran procedimientos para verificar la legalidad del uso de la fuerza letal ejercida por agentes estatales. Una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado debe iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva¹⁷.

80. En todo caso de uso de fuerza que haya producido la muerte o lesiones a una o más personas corresponde al Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.

81. Asimismo, en este tipo de casos tiene una particular relevancia que las autoridades competentes adopten las medidas razonables para asegurar el material probatorio necesario para llevar a cabo la investigación¹⁸ y que gocen de independencia, *de jure* y

¹⁷ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 92; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 143 y *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, *supra* nota 7, párr. 219. En el mismo sentido, cfr. ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*, *supra* nota 129, paras. 88-89; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*, *supra* nota 129, paras. 122-123; ECHR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria* GC. Judgment of 6 July 2005. Application Nos. 43577/98 and 43579/98, paras. 111-112.

¹⁸ Cfr. ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*, *supra* nota 129, paras. 89; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*, *supra* nota 129, paras. 123; ECHR, *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom*. Judgment of 4 May 2001. Application No. 24746/94, para. 107-108.

de facto, de los funcionarios involucrados en los hechos¹⁹. Lo anterior requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real.

82. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que las investigaciones sobre uso excesivo de la fuerza deben estar abiertas al escrutinio público con el objeto de asegurar la responsabilidad de los agentes estatales tanto en teoría como en la práctica²⁰. Asimismo, dicho Tribunal ha establecido que la evaluación sobre el uso de la fuerza que haya implicado la utilización de armas debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen²¹.

83. En definitiva, cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida²².

84. El Tribunal observa que en el caso *sub judice* se registraron omisiones importantes dentro de la investigación iniciada por las autoridades estatales, ocasionadas por la falta colaboración de la fuerza pública y las autoridades carcelarias en la recopilación y custodia de

¹⁹ Cfr. *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 125 y 126; y ECHR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria GC*, *supra* nota 135, para. 112; ECHR, *Case of Isayeva v. Russia*. Judgment of 24 February 2005. Application No. 57950/00, para. 211; ECHR, *Case of Kelly and Others v. The United Kingdom*. Judgment of 4 May 2001. Application No. 30054/96, para. 95.

²⁰ Cfr. ECHR, *Case of Isayeva v. Russia*, *supra* nota 137, para. 214; ECHR, *Case of Nachova and Others v. Bulgaria*. Application nos. 43577/98 and 43579/98, para. 119; ECHR, *Case of McKerr v. the United Kingdom*. Judgment of 4 May 2001. Application No. 28883/95, para. 115.

²¹ Cfr. ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*. *supra* nota 129, para. 68; ECHR, *Case of Makaratzis v. Greece*. Judgment of 20 December 2004. Application No. 50385/99, para. 59; ECHR, *Case of McCann and Others v. United Kingdom*. *supra* nota 129, para. 150.

²² Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 97; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 144, y *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, *supra* nota 7, párr. 219.

pruebas esenciales (*supra* párrs. 60.30 a 60.36). Estas omisiones son de tal envergadura que Venezuela ha señalado, de manera preocupante ante este Tribunal, que es “materialmente imposible” la prosecución de la investigación iniciada en el presente caso, lo cual es contrario a las obligaciones consagradas en la Convención.

B) De las condiciones de detención en el Retén de Catia

85. El artículo 5 de la Convención consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes²³. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano²⁴.

86. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa²⁵. Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución

²³ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 6, párr. 119.

²⁴ Cfr. ECHR, *Case of I.I v Bulgaria*. Judgment of 9 June 2005. Application No. 44082/98, para. 77; ECHR, *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*. Judgment of 29 April 2003. Application No. 38812/97, para. 148.

²⁵ Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 105; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, *supra* nota 127, párr. 154, y *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116

de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados.

87. Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna²⁶.

88. La Corte considera oportuno referirse a algunos de los hechos reconocidos por el Estado como violatorios al derecho a la integridad personal de las víctimas del presente caso durante su detención en el Retén de Catia. Estos hechos se refieren al hacinamiento, los servicios sanitarios y la higiene, y la atención médica de los internos.

i) Hacinamiento

89. De acuerdo a los hechos establecidos (*supra* párr. 60.7 a 60.15), las personas reclusas en el Retén de Catia vivían en condiciones de extremo hacinamiento y sobrepoblación. El número exacto de internos al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso no se conoce con exactitud, debido, *inter alia*, a la carencia de un registro adecuado en el que se consignen los datos básicos de éstos. Sin embargo, las estimaciones señalan que el Retén de Catia contaba con una población carcelaria entre 2286 y 3618 internos, cuando su ca-

²⁶ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 221; *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 95, y *Caso Fermín Ramírez*, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 118.

pacidad máxima era 900 reclusos. Es decir, tenía una sobrepoblación carcelaria entre 254 y 402 por ciento. El espacio para cada interno era aproximadamente de 30 centímetros cuadrados. Ciertas celdas destinadas a albergar a los reclusos en la noche, a pesar de estar diseñadas para albergar dos personas, albergaban al menos seis.

90. La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención²⁷. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸ y no podía considerarse como un estándar aceptable²⁹, y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo³⁰. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio³¹.

²⁷ Cfr. CPT/Inf (92) 3 EN, 2nd General Report, 13 April 1992, para. 43.

²⁸ Cfr. ECHR, *Case of Kalashnikov v. Russia*. Judgment of 15 July 2002. Application No. 47095/99, para. 97.

²⁹ Cfr. ECHR, *Case of Ostrovar v. Moldova*. Judgment of 13 September 2005. Application No. 35207/03, para. 82.

³⁰ Cfr. ECHR, *Case of Peers v. Greece*. Judgment of 19 April 2001. Application No. 28524/95, para. 70-72.

³¹ Cfr. ECHR, *Case of Karalevicius v Lithuania*. Judgment of 7 April 2005. Application No. 53254/99, para. 36.

91. En el presente caso, el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana.

92. De igual forma, dormitorios de gran capacidad como los que existían en el Retén de Catia inevitablemente implicaban una falta de privacidad para los presos en su vida diaria. Además, el riesgo de intimidación y violencia era alto. Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar. Con tales alojamientos, la apropiada distribución individual de presos, basada en una evaluación caso por caso de riesgos y necesidades, también llega a ser una práctica casi imposible³².

93. La Corte estima que las celdas de castigo o de aislamiento a las que eran enviados algunos internos en el Retén de Catia eran deplorables y reducidas.

94. La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas³³ por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas³⁴.

³² Cfr. CPT/Inf (2001) 16, 11th General Report, para. 29.

³³ Cfr. ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*. Judgment of 29 September 2005. Application No. 24919/03, para. 199.

³⁴ Cfr. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, artículo 32.1.

La Corte recalca que es prohibido el encierro en celda oscura³⁵ y la incomunicación.³⁶ A tal efecto, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas señaló que celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pié o agachado “constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura”³⁷.

ii) Servicios sanitarios e higiene

95. Es un hecho aceptado por el Estado que el Retén de Catia no cumplía con los requisitos mínimos necesarios para mantener la salubridad de sus internos. Al respecto, es muy reveladora la declaración de la Asesora de la Comisión de Política Interior de Diputados³⁸:

[Encontramos] unas barracas horrendas que estaban en la parte de abajo. Había hombres que vivían allí entre agua putrefacta que caía de los otros pisos. Los desperdicios entre el agua podrida cubrían la mitad de la pierna. Había un cuarto que estaba soldado y tenía en la esquina inferior derecha un boquete. Por ahí les echaban comida, si eso se podía llamar así. La agarraban mezclada con la inmundicia. Tocamos la puerta y escuchamos una voces. Ellos mismos no sabían cuántos eran. Comenzamos a desmontar la puerta cuando le quitaron la soldadura todavía la puerta no se podía abrir porque la capa de excrementos era más fuerte que la propia soldadura. Salieron unos monstruos de allí. Presos de máxima seguridad, olvidados.

96. Esta narración es consistente con la declaración testimonial del señor Arturo Peraza, rendida en la audiencia pública del presente caso (supra párr. 59.o).

97. Este Tribunal considera que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y

³⁵ Cfr. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, *supra* nota 152, artículo 31.

³⁶ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 144, párr. 221; *Caso Raxcacó Reyes*, *supra* nota 144, párr. 95, y *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 144, párr. 118.

³⁷ Cfr. Informe del Comité contra la Tortura sobre Turquía, Naciones Unidas, Cuadragésimo octavo Periodo de Sesiones, (A/48/44/Add.1), 1994, párr. 52.

ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.

98. En este sentido, la Corte Europea estimó que el hecho de que una persona hubiera sido obligado a vivir, dormir y hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos era en sí mismo suficiente para considerarlo como un trato degradante³⁹.

99. En el presente caso, ciertos internos del Retén del Catia no solo tenían que excretar en presencia de sus compañeros, sino que tenían que vivir entre excrementos, y hasta alimentarse en esas circunstancias. La Corte considera que ese tipo de condiciones carcelarias son completamente inaceptables, constituyen un desprecio a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un severo riesgo para la salud y la vida, y una rotunda violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

100. Ni la Comisión Interamericana ni los representantes indicaron que las víctimas individualizadas en el presente caso estuvieron detenidas en las celdas a las que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. No obstante, la Corte entiende de los testimonios presentados ante sí (*supra* párr. 59) que las condiciones sanitarias de los pisos superiores del Retén de Catia si bien no llegaban a tal extremo, tampoco eran compatibles con los estándares mínimos de un trato digno. Tanto así que el propio Estado señaló que el

³⁸ Declaraciones de Tahís Peñalver, Asesora de la Comisión de Política Interior de Diputados e integrante del proyecto Caballo de Troya realizado por la firma Topten C.A., a solicitud del Ministerio de Justicia, al Diario El Nacional, “Las mafias carcelarias chocan desde despacho de Min-Justicia”, 25 de marzo de 1996. Demanda de la Comisión (expediente de fondo y eventuales reparaciones y costas, Tomo I, folio 17).

³⁹ *Cfr. Cfr.* ECHR, *Case of Khudoyorov v. Russia*. Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02, para. 107; ECHR, *Case of Karalevicius v Lithuania*. *supra* nota 149, para. 39; ECHR, *Case of I.I v Bulgaria*. *supra* nota 142, para. 73.

Retén de Catia “representó para Venezuela por muchas décadas esa idea del mal, donde todo era posible, aquel lugar lúgubre donde la sociedad purga su miseria”, y todos “los que allí padecieron y lograron salir airosos ... son unos supervivientes”⁴⁰.

iii) Atención médica

101. Entre los hechos aceptados por el Estado se cuenta que los servicios de asistencia médica a los cuales tenían acceso los internos del Retén de Catia no cumplían los estándares mínimos. Varios de los internos heridos a consecuencia de los sucesos ocurridos entre el 27 y el 29 de noviembre de 1992 permanecieron sin atención médica y medicación adecuadas (*supra* párr. 60.21). Asimismo, los internos enfermos no eran debidamente tratados.

102. Este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana⁴¹. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁴², sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las

⁴⁰ Alegatos finales orales del Estado, audiencia pública del 4 de Abril de 2006, *supra* párr. 26.

⁴¹ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, *supra* nota 144, párr. 226.

⁴² Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, *supra* nota 144, párr. 227; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 122, y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 157. En igual sentido, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24.

autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros⁴³.

103. La falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.

*

104. En vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta el allanamiento efectuado por el Estado (*supra* párr. 26), la Corte considera que éste violó los derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), y 5.1, 5.2 y 5.4 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 37 víctimas señaladas en el párrafo 60.26 de la presente Sentencia, por el uso desproporcionado de la fuerza que sufrieron, por las condiciones de detención a las que fueron sometidas durante el tiempo de reclusión en el Retén de Catia, y por la falta de clasificación entre procesados y condenados. Asimismo, este Tribunal considera que el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas, quienes se encuentran individualizados en el párrafo 60.26 de la presente Sentencia, por los sufrimientos que padecieron por el fallecimiento de sus seres queridos, que se vieron agravados por la falta de información de las autoridades estatales acerca de lo sucedido, y la denegación de justicia (*supra* párr. 60.36). [...]

⁴³ Cfr. ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*, *supra* nota 151, para. 187.

Las ejecuciones extrajudiciales como crimen de lesa humanidad y su imposibilidad de amnistiarlas

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile
Sentencia de 26 de septiembre de 2006
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VIII. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES GENERALES CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS Y DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO) Y VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA MISMA (GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL)

83. Alegatos de la Comisión

- a. la denegación de justicia en perjuicio de la familia del señor Almonacid Arellano deriva de la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía, expedido por la dictadura militar como auto perdón, en beneficio de sus miembros. El Estado ha mantenido en vigor esa ley tras la ratificación de la Convención Americana; a su vez, los tribunales chilenos la han declarado constitucional y la continúan aplicando;
- b. en el presente caso, es claro que la vigencia del Decreto Ley de auto amnistía afecta el derecho de las víctimas a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables de matar y herir a sus familiares. Esta ley en definitiva, afecta el derecho de las víctimas a la justicia;

- c. la aplicación del Decreto Ley de auto amnistía tuvo el efecto de cercenar de forma definitiva el procedimiento judicial que tenía como objeto la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la detención arbitraria y ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano. En ese sentido, el Estado chileno ha violado los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de sus familiares;
- d. otra consecuencia de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 y el subsiguiente archivo del proceso de investigación fue desconocer el derecho de los familiares del señor Almonacid Arellano a ser oídos por un tribunal competente, y
- e. por otra parte, el hecho de que una investigación que involucra a miembros de carabineros haya sido confiada a la justicia militar plantea serias dudas acerca de su independencia e imparcialidad.

84. Alegatos del Representante

- a. el crimen investigado en estos autos no es un delito común, sino un ilícito de carácter internacional que sobreponiéndose a las amnistías, prescripciones u otras instituciones extintivas de responsabilidad penal, da derecho a la acción procesal para su persecución, incluyendo el enjuiciamiento de los delincuentes y la sanción de los mismos;
- b. el sobreseimiento definitivo por aplicación del Decreto Ley de Amnistía, manifiesta un absoluto desconocimiento de los alcances de la normativa que surge de la comunidad internacional, a la cual Chile ha concurrido soberanamente y la ha hecho suya, incorporándola al ordenamiento interno;
- c. tratándose de homicidios cometidos por agentes estatales, se configura un ilícito internacional, respecto del cual la soberanía nacional, expresada en la suscripción de esos acuerdos internacionales, queda necesariamente restringida para otorgarles un indiscriminado perdón o amnistía;
- d. un Estado puede disponer libremente de su derecho interno, conforme a sus normas nacionales soberanas, pero no tiene competencia para modificar unilateralmente las situaciones cuya calificación jurídica viene dada por el derecho internacional. Si el derecho internacional califica como criminal un hecho y obliga al Estado a su sanción, no puede el Estado alterar dicha situación en virtud de su conveniencia interna;

- e. la remisión de la causa a la justicia militar violó el artículo 8 de la Convención Americana, al entregarse el conocimiento de un homicidio a un tribunal que no era competente, independiente ni imparcial, y
- f. en este efecto, no puede ser imparcial un sistema de juzgamiento como el militar, que pone a disposición sus medios para la defensa de una persona que eventualmente va a juzgar.

85. Alegatos del Estado

- a. por principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos;
- b. la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, palpable desde el año 1998, ha encontrado más de un camino para evitar la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y, con ello, evitar sus negativos efectos sobre el respeto de los derechos humanos, y
- c. comparte la opinión de la Corte Interamericana que por principio es deseable que leyes de amnistía no existan, pero que, de existir, éstas no pueden ser un obstáculo para el respeto de los derechos humanos, tal como lo concluyó la Corte en el caso Barrios Altos.

Consideraciones de la Corte

86. El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

87. Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

88. El artículo 8.1 de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

89. A su vez, el artículo 25.1 de la Convención dispone que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

90. En el presente caso, la Corte ha sido llamada a pronunciarse respecto a si el Estado cumplió con los deberes generales establecidos en los citados artículos 1.1 y 2 de la Convención al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2.191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por parte de Chile. Por otro lado, la Corte debe determinar si la aplicación del referido decreto ley constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas del presente caso. Para ello, el Tribunal estima oportuno dividir el análisis de la cuestión de la siguiente manera: a) primero, habría que calificar si el homicidio del señor Almonacid Arellano constituye o no un crimen de lesa humanidad, b) en segundo lugar y en caso que se establezca que tal homicidio constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte considerará si dicho crimen puede o no ser amnistiado, c) en tercer lugar y en caso que se establezca que tal crimen no puede ser amnistiado, el Tribunal analizará si el Decreto Ley 2.191 amnistía o no este crimen y si el Estado violó o no la Convención al mantener vigente esa normativa, y d) finalmente, la Corte analizará si la aplicación de dicha normativa por parte de las autoridades judiciales en el

presente caso conlleva una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Todo lo anterior será analizado en el apartado A) del presente capítulo.

91. Establecido lo anterior, la Corte pasará a examinar en el apartado B) de este capítulo lo alegado por la Comisión Interamericana y el representante de las presuntas víctimas respecto a que la jurisdicción militar no era la competente para conocer el presente caso, lo cual consideran como una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana.

92. Es importante señalar que el Estado se ha limitado a contradecir la admisibilidad del caso –lo cual ya fue resuelto por este Tribunal en párrafos anteriores (*supra* párrs. 38 a 65)– y a señalar que los tribunales de justicia chilenos ya no aplican el Decreto Ley No. 2.191. La Corte desea recalcar que el Estado en ningún momento ha afirmado que el citado decreto ley no viola la Convención Americana. Incluso la Agente del Estado en la audiencia pública señaló:

Yo quiero que quede bien claro y vuelvo a repetir acá, el Estado de Chile no está haciendo una defensa del Decreto Ley de Amnistía. Por el contrario, nosotros no consideramos que el Decreto Ley de Amnistía tenga valor, ni ético ni jurídico^{1*2}.

A) Respecto a la vigencia y aplicación del Decreto Ley No. 2.191

a) La ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano

93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

94. El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Conve-

^{1*} La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² *Cfr.* alegatos orales del Estado (audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2006).

nio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”³. Asimismo, el término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía⁴.

95. El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el “Acuerdo de Londres”). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptada el 19 de enero de 1946.

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa⁵, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a

³ *Cfr.* Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio núm. IV).

⁴ Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, *British Yearbook of International Law*. Vol 23, (1946), 178, pág. 181. “Los crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”.

⁵ Artículo 6.- El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente

la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra⁶. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”⁷. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

o como miembros de organizaciones: [...] (c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

⁶ Cfr. United States Nuremberg Military Tribunal, *United States v. Ohlendort*, 15 I.L.R. 656 (1948); *United States v. Alstotter* (1948 Justice Case), in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 Vol. III* 956 (U.S. Gov. Printing Office 1951); *History of the U.N. War Crimes Commission and the Development of the Laws of War compiled by the U.N. War Crimes Commission* (1948); Cfr. O.N.U., *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Sentencia del Tribunal*. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950, U.N. Doc. A/1316 (1950), part III, párr. 123; artículo I.b de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968.

⁷ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, *Opinion and Judgement*, May 7, 1997, at para. 649. Esto fue posteriormente confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, *Judgement*, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *Judgement*, February 26, 2001, at para. 178.

97. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante “el Tribunal de Nuremberg”), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que la Estatuto de Nuremberg “es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional”⁸. Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes.

98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”⁹. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formulara los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”¹⁰. Estos principios fueron adoptados en 1950¹¹. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la

⁸ *Cfr.* Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Germany, (1947) at 218.

⁹ *Cfr.* O.N.U., Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95(I), Quincuagésima quinta reunión plenaria de 11 de diciembre de 1946.

¹⁰ *Cfr.* O.N.U., Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptado por la de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 177 (II), 123ª sesión plenaria de 21 de noviembre de 1947.

¹¹ *Cfr.* O.N.U., Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las Sentencias del Tribunal. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950 (A/CN.4/34).

muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

100. La Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente¹².

¹² Cfr. ECHR, *Case Kolk and Kislyiy v. Estonia*, Judgment of 17 January 2006. Applications Nos. 23052/04 and 24018/04.

Los señores Kolk y Kislyiy señalaron que los actos en relación a los cuales fueron condenados sucedieron en el año 1949 en el territorio de la República Socialista Soviética de Estonia. En el momento material de los hechos era aplicable en el territorio de Estonia el Código Criminal de 1946 de la República Socialista Federal Rusa. Este código no incluía crímenes de lesa humanidad. La responsabilidad para crímenes de lesa humanidad no fue establecida en Estonia sino hasta el 9 de Noviembre de 1994 [...].

La Corte observa, primero, que Estonia perdió su independencia como consecuencia del Pacto de no Agresión entre Alemania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (también conocido como el “Pacto de Molotov-Ribbentrop”), adoptado el 23 de agosto de 1939, y sus protocolos adicionales secretos. [...] El régimen totalitario comunista de la Unión Soviética condujo acciones sistemáticas y a gran escala en contra de la población de Estonia, incluyendo, por ejemplo, la deportación de cerca de 10.000 personas el 14 de junio de 1941 y más de 20.000 el 25 de marzo de 1949.

[...]

La Corte observa que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 como un crimen de lesa humanidad (artículo 6 (c)). Aun cuando el Tribunal de Nuremberg fue establecido para perseguir a los principales criminales de guerra de los países del Eje Europeo por los delitos cometidos antes o durante la Segunda Guerra Mundial,

101. Por otra lado, esta Corte enfatiza que para el año 1998, cuando se confirmó la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 en el presente caso (*supra* párr. 82.21), ya se habían adoptado los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (25 de mayo de 1993) y Ruanda (9 de noviembre de 1994), cuyos artículos 5 y 3, respectivamente, reafirman que el asesinato constituye un grave crimen de derecho internacional. Este criterio fue corroborado por el artículo 7 del Estatuto de Roma (17 de julio de 1998) que creó la Corte Penal Internacional.

102. Ahora bien, corresponde al Tribunal analizar si las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Almonacid Arellano podrían constituir un crimen de lesa humanidad, conforme fuera definido para el año 1973 (*supra* párr. 99).

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados (*supra* párr. 82.3 a 82.7), desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil consi-

la Corte observa que la validez universal de los principios sobre los crímenes de lesa humanidad fueron confirmados subsiguientemente por, *inter alia*, la Resolución No. 95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y luego por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad no puede ser limitada únicamente a nacionales de algunos países y únicamente a actos cometidos en el marco temporal de la Segunda Guerra Mundial. [...]

[...]

La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por los señores Kolk y Kislyiy pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión. La Corte no ve razón para llegar a una conclusión diferente. [...] Por lo tanto, la Corte considera que las alegaciones de los recurrentes no tienen bases suficientes para señalar que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su consumación [...].

Además, ninguna prescripción limitante es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión. [...] La Corte no encuentra razón alguna para poner en duda la interpretación y aplicación de la ley doméstica que las cortes de Estonia efectuaron a la luz del derecho internacional pertinente. En conclusión se tiene que las alegaciones de los peticionarios son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas.

derados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (*supra* párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad.

b) Imposibilidad de amnistiar los crímenes de lesa humanidad

105. Según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso *Prosecutor v. Erdemovic* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que

los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por

eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima¹³.

106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946¹⁴ ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes

¹³ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity.

¹⁴ Cfr. O.N.U., Extradición y castigo de criminales de guerra, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946; Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946; Extradición de delincuentes de guerra y traidores, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947; Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2338 (XXII) de 18 de diciembre de 1967; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2712 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971, y Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972.

y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales¹⁵. En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cualquiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...]

Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad¹⁶.

107. Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁷, junto con los Estatutos de los Tribunales para exYugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Nacio-

¹⁵ *Cfr.* O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

¹⁶ *Cfr.* O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973.

¹⁷ *Cfr.* O.N.U., Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/827 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 25 de marzo de 1993; y Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/955 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda 8 de noviembre de 1994.

nes Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad¹⁸.

108. La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que

aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario¹⁹.

109. El Secretario General también informó que no se reconoció efectos jurídicos a la amnistía concedida en Sierra Leona, “dada su ilegalidad con arreglo al derecho internacional”²⁰. En efecto, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona dispuso que la amnistía concedida a personas acusadas de crímenes de lesa humanidad, infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II²¹, así como otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, “no constituirá un impedimento para su procesamiento”.

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de

¹⁸ *Cfr.* O.N.U., Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

¹⁹ *Cfr.* O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

²⁰ *Cfr.* O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, 4 de octubre de 2000, párr. 24.

²¹ *Cfr.* O.N.U., Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción²².

111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”²³. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales²⁴. Al respecto, este Tribunal ha señalado

²² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

²³ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 14, párr. 299; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 237; *Caso de la Comunidad Moiwana*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 203.

²⁴ Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 148; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 94; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios²⁵.

112. Este Tribunal ya había señalado en el *Caso Barrios Altos* que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶.

113. Resulta útil destacar también que el propio Estado en el presente caso reconoció que en “principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos”²⁷.

114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.

c) La vigencia del Decreto Ley No. 2.191 a partir del 21 de agosto de 1990

115. Ya que se ha establecido que el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano es un crimen de lesa humanidad, y que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados, corresponde al Tribunal analizar si el Decreto Ley No. 2.191 amnistía ese crimen y si, de darse ese supuesto, el Estado ha dejado de

²⁵ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 144; *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 192; y *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 77.

²⁶ Cfr. *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41.

²⁷ Cfr. alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, Tomo III, folio 723).

cumplir su obligación derivada del artículo 2 de la Convención por mantener vigente esa normativa.

116. El artículo 1 del Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.10) concede una amnistía general a todos los responsables de “hechos delictuosos” cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluye de la amnistía una serie de delitos²⁸. La Corte nota que el crimen de lesa humanidad de asesinato no figura en el listado del artículo 3 del citado Decreto Ley. Así también lo entendieron las cortes chilenas que conocieron el presente caso, al aplicarlo (*supra* párr. 82.20 y 82.21). De igual forma, este Tribunal, aún cuando no ha sido llamado a pronunciarse en este caso sobre otros crímenes de lesa humanidad, llama la atención respecto a que tampoco se encuentran excluidos de la amnistía crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura, el genocidio, entre otros.

117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que

e n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados²⁹.

²⁸ De acuerdo al Artículo 3 del Decreto Ley No. 2.191 no quedaron comprendidos en la amnistía “las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario”.

²⁹ *Cfr. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana

118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías³⁰. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma³¹.

119. Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado³². En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile³³.

120. Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la

sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 179.

³⁰ *Cfr. Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 83; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 137, párr. 109.

³¹ *Cfr. Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 87; *Caso Comunidad indígena Yakey Axa*, *supra* nota 5, párr. 100; y *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

³² *Cfr. Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

³³ *Cfr. Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 44.

justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”³⁴. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

122. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma.

d) La aplicación del Decreto Ley No. 2.191

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes con-

³⁴ Cfr. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.

trarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana³⁵.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”³⁶. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

³⁵ Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 140.

³⁶ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

126. En el presente caso, el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.20 y 82.21), lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo a lo anterior, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.

127. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal,

a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente³⁷.

128. Por lo tanto, la Corte considera que la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana en violación de los derechos de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, de todo lo cual Chile es internacionalmente responsable.

* * *

³⁷ Cfr. *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 140, párr. 43.

129. El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

B) Respecto a la jurisdicción militar

130. La Convención Americana en su artículo 8.1 establece que toda persona tiene el derecho de ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Así, esta Corte ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”³⁸.

131. El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten

³⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 13. párr. 169; y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77.

contra bienes jurídicos propios del orden militar³⁹. Al respecto, la Corte ha dicho que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia⁴⁰.

132. En el presente caso, la Corte ha encontrado probado que el 27 de septiembre de 1996 el Segundo Juzgado Militar de Santiago solicitó al Primer Juzgado del Crimen de Rancagua que se inhibiera de seguir conociendo la causa porque las personas investigadas al momento en que ocurrieron los hechos estaban sujetas al fuero militar (*supra* párr. 82.16). Como resultado de lo anterior, la Corte Suprema chilena resolvió el conflicto de competencia a favor de la Jurisdicción Militar (*supra* párr. 82.17), la que finalmente concluyó las investigaciones del presente caso aplicando el Decreto Ley de autoamnistía (*supra* párr. 82.20 y 82.21).

133. En vista de lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el Artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca el presente caso, ya que ésta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos. [...]

³⁹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 124; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra* nota 137, párr. 202; y *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 139, párr. 165.

⁴⁰ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 153, párr. 143; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 139, párr. 167; y *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52.

La presunta ejecución extrajudicial y otras violaciones de derechos humanos cometidas en territorio de otro Estado en el marco de una operación militar

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe No. 112/10
Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad
Franklin Guillermo Aisalla Molina
Ecuador c. Colombia
OEA/Ser.L/V/II.140, Doc. 10, 21 octubre 2010

I. RESUMEN

1. El 11 de junio de 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión Interamericana”, “la Comisión” o “CIDH”) recibió una comunicación presentada por el Estado de Ecuador en la que se alega que el Estado de Colombia incurrió en la violación de los artículos 4.1 (Derecho a la vida), 5.1 (Derecho a la integridad personal), 8.1 y 8.2 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) del mismo instrumento, en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza

pública de Colombia en el marco de la “Operación Fénix” llevada a cabo el 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano.

2. En virtud de que tanto el Estado de Colombia como el Estado de Ecuador depositaron sus declaraciones de reconocimiento de la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones entre Estados, el 20 de julio de 2009 la CIDH decidió tramitar la comunicación conforme a lo establecido en los artículos 45 y siguientes de la Convención Americana y dar traslado al Estado de Colombia de la comunicación presentada por el Estado de Ecuador.
3. De acuerdo a lo previsto en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, así como en los artículos 30 y 36 de su Reglamento, y luego de analizar las posiciones de las partes, la Comisión decide declarar admisible la petición. Por lo tanto, la CIDH determina notificar su decisión a las partes y continuar con el análisis de fondo relativo a las presuntas violaciones a los artículos 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección Judicial), con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana. La Comisión decide igualmente notificar esta decisión a las partes, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN [...] ^{1*}

III. POSICIONES DE LAS PARTES

21. La comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador alega la presunta responsabilidad internacional del Estado de Colombia por violaciones a los derechos humanos de Franklin Guillermo Aisalla Molina como consecuencia de los hechos ocurridos en el marco del operativo “Fénix” de las fuerzas militares colombianas y la consecuente afectación de los derechos humanos de sus familiares.

22. La Comisión toma nota de que la comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador hace referencia tanto al contexto en el que se desarrolló el operativo “Fénix”, en el marco del cual presuntamente se habría privado de la vida a la alegada

^{1*} En vista que se ha eliminado este apartado, los números de las notas de pie de página no corresponden con las del original.

víctima, así como a las circunstancias específicas de la muerte del Sr. Aisalla Molina. Por su parte, el Estado de Colombia solicita en su escrito de contestación a la petición interestatal que la Comisión excluya de cualquier análisis- incluso del de competencia y admisibilidad- una serie de hechos y argumentos que a su consideración “no se encuentran directamente relacionados con los hechos y presuntas violaciones objeto de la denuncia”². Sin embargo, expresa que si la Comisión considera “que algunos de estos hechos y pruebas hacen parte del objeto de la presente petición, le otorgue la oportunidad al Estado de Colombia para pronunciarse sobre los aspectos de competencia y admisibilidad en relación a éstos”.

23. En consecuencia, la Comisión hará en primer lugar, algunas precisiones sobre su facultad para analizar la información allegada por las partes y referidas al contexto de los hechos alegados y luego se referirá a la posición de las partes respecto al llamado operativo “Fénix”, en cuyo marco se alega que habría ocurrido la presunta muerte del Sr. Franklin Guillermo Aisalla Molina, y por último, hará referencia a la posición de las partes en relación a la presunta privación arbitraria de la vida del Sr. Aisalla Molina.

² El Estado de Colombia, en su escrito de fecha 20 de octubre de 2009, solicita específicamente que se excluya de análisis los hechos expuestos en los siguientes párrafos de la petición interestatal: i) párrafos 1 al 14 y 45 al 53 “dado que dichos párrafos versan sobre la preparación y desarrollo de la Operación Fénix, cuestión que excede el objeto de la petición”; ii) párrafos 12 al 16 “donde se narran los supuestos enfrentamientos que hubo entre miembros de la Fuerza Pública colombiana e insurgentes de las FARC”; iii) párrafos 17 al 24, 31 al 33 y 41 al 44 , “por tratar temas relacionado con el operativo militar, con eventuales víctimas del ataque diferentes al señor Aisalla y/o con el supuesto comportamiento que tuvieron miembros de la Fuerza Pública colombiana con respecto a personas que estuvieron presentes durante la Operación, diferentes al Señor Aisalla Molina”; iv) párrafos 25 a 31 en referencia al supuesto armamento y equipos militares utilizados en la Operación Fénix y su supuesto origen”; y v) párrafos 51 a 53 y 76 a 81 “por tratarse de temas ajenos a las presuntas violaciones de derechos humanos [...] tales como la violación a la soberanía ecuatoriana y otros principios de derecho internacional; al igual que pronunciamientos políticos hechos por diferentes actores de la comunidad internacional frente a la Operación Fénix, o la crisis desatada como producto de dicho operativo militar”. Asimismo, el Estado de Colombia solicita que se excluyan de análisis y del “expediente internacional” algunos documentos presentados por el Estado de Ecuador como prueba de los hechos reflejados en los párrafos anteriormente citados.

A. Análisis del contexto por parte de la Comisión

24. La Comisión estima necesario señalar que tiene potestad para tomar en consideración los elementos que estime necesarios para establecer la existencia o no de una violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como para contextualizar las alegadas violaciones.

25. Asimismo, es preciso señalar que en esta etapa del procedimiento no corresponde establecer si hubo o no una violación de la Convención Americana. Para los fines de la admisibilidad, la Comisión debe decidir si se han expuesto hechos que podrían caracterizar una violación, como lo establece el artículo 47.b de la Convención Americana, y si la comunicación es “manifiestamente infundada”, o si es “evidente su total improcedencia”, según el inciso (c) del mismo artículo. La modalidad de apreciación de esos extremos es diferente a la requerida para decidir sobre los méritos de la denuncia. La Comisión realiza únicamente una evaluación *prima facie* de los alegatos de las partes para determinar si la denuncia fundamenta una posible violación de un derecho garantizado por la Convención, mas no establece en este punto la existencia de dicha violación. Por lo tanto, no determinará en esta etapa qué elementos fácticos y probatorios serán considerados necesarios para determinar la existencia o no de una violación, así como para contextualizar, de ser necesario, la violación alegada, ya que esto forma parte del análisis de mérito en la etapa de fondo.

26. En consecuencia, la CIDH se reserva la potestad de mantener en el trámite de la petición interestatal los hechos y pruebas expuestos ante la Comisión por las dos partes, sin excluir los temas señalados por el Estado de Colombia en su escrito de observaciones.³ Asimismo, observa la Comisión que el Estado de Colombia

³ Vg. i) párrafos 1 al 14 y 45 al 53 “dado que dichos párrafos versan sobre la preparación y desarrollo de la Operación Fénix, cuestión que excede el objeto de la petición”; ii) párrafos 12 al 16 “donde se narran los supuestos enfrentamientos que hubo entre miembros de la Fuerza Pública colombiana e insurgentes de las FARC”; iii) párrafos 17 al 24, 31 al 33 y 41 al 44, “por tratar temas relacionado con el operativo militar, con eventuales víctimas del ataque diferentes al señor Aisalla y/o con el supuesto comportamiento que tuvieron miembros de la Fuerza Pública colombiana con respecto a personas que estuvieron presentes durante la Operación, diferentes al Señor Aisalla Molina”; iv) párrafos 25 a 31 “en referencia al supuesto armamento y equipos militares utilizados en la

tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre dichos hechos y acervo probatorio durante la etapa de fondo, si lo estima pertinente.

B. Posición del Estado de Ecuador

27. El Estado de Ecuador sostiene que el 1 de marzo de 2008 las fuerzas armadas de Colombia realizaron un bombardeo a un campamento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante “FARC”) ubicado en la localidad de Angostura, municipalidad de Lago Agrio, en Ecuador a 1850 metros de la frontera con Colombia en el marco de una acción militar denominada “Operativo Fénix”. De acuerdo a la comunicación interestatal, en dicho contexto el ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, quien se encontraba en el campamento bombardeado, habría sido ejecutado extrajudicialmente por miembros de la fuerza pública colombiana que participó en el referido operativo.

Posición del Estado de Ecuador en relación con el Operativo “Fénix”

28. El Estado de Ecuador alega en su comunicación interestatal que el Estado de Colombia comenzó a preparar la operación “Fénix” desde el 2007. La Policía Nacional de Colombia, a través de la Dirección de Inteligencia –DIPOL- habría sido autorizada por el Gobierno a crear 7 grupos especiales, uno de ellos al mando de un Coronel que se encargaría de tomar contacto con autoridades ecuatorianas y norteamericanas, con el fin de desarticular a las FARC. Agrega el Estado de Ecuador que en este marco, el Coronel localizó a 5 miembros de la Policía de Ecuador que en enero del 2004 habrían colaborado con oficiales del Ejército colombiano en la captu-

Operación Fénix y su supuesto origen”; y v) párrafos 51 a 53 y 76 a 81 “por tratarse de temas ajenos a las presuntas violaciones de derechos humanos [...] tales como la violación a la soberanía ecuatoriana y otros principios de derecho internacional; al igual que pronunciamientos políticos hechos por diferentes actores de la comunidad internacional frente a la Operación Fénix, o la crisis desatada como producto de dicho operativo militar”. Asimismo, el Estado de Colombia solicita que se excluyan de análisis y del “expediente internacional” algunos documentos presentados por el Estado de Ecuador como prueba de los hechos reflejados en los párrafos anteriormente citados.

ra de Ricardo Palmera, alias “Simón Trinidad”⁴ y entró en contacto con funcionarios de la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (“CIA” por sus siglas en inglés”) en Quito, Ecuador. A todos ellos les habría informado acerca de la operación dirigida por él para ubicar el paradero de Luis Edgar Devia, alias “Raúl Reyes”⁵.

29. Continúa el Estado ecuatoriano afirmando que el Coronel de la DIPOL responsable de la operación en la zona, había establecido contacto con un presunto miembro de las FARC, quien le habría confirmado que Raúl Reyes estaría en Ecuador durante varios días. La localización de Reyes en un campamento en la localidad de Angostura, Ecuador, habría sido realizada por la CIA. Agrega el Estado de Ecuador que al conocerse la ubicación de Reyes en territorio ecuatoriano, el Presidente de Colombia autorizó la operación de ataque a Raúl Reyes en el lugar.

30. Sostiene el Estado de Ecuador que el operativo fue diseñado para ejecutarse en dos fases. La primera, consistiría en un bombardeo por parte de dos aviones Súper Tucano de la Fuerza Aérea colombiana y la segunda fase, en el desembarco de tropas helicóptero-transportadas, las cuales serían integradas por 18 hombres del Comando Jungla de la Policía colombiana, 20 soldados de las Fuerzas Especiales del Ejército y 8 especialistas de la Armada. La Operación se lanzaría desde la base de Tres Esquinas en Caquetá, Colombia, aunque agrega el Estado de Ecuador que existe información según la cual, el ataque habría sido coordinado desde la base de Larandia, Caquetá. Expresa el Estado de Ecuador en su denuncia que ambas bases militares pertenecen a los Estados Unidos por acuerdo suscrito con el Estado de Colombia.

31. Alega el Estado peticionario que pasada la media noche del 1 de marzo de 2008, aviones y helicópteros despegaron de la base aérea de Tres Esquinas o de Larandia, Caquetá, Colombia, con rumbo a la localidad de Angostura en Ecuador, ubicada a 1.850 metros de la frontera con Colombia. Hacia las 00:20 horas habrían bombardeado un campamento de 2 hectáreas de extensión en el cual se en-

⁴ Supuesto Comandante del Bloque “Caribe” de las FARC.

⁵ Alegado Miembro del Secretariado de las FARC.

contraban aproximadamente 50 personas, entre ellas insurgentes de las FARC, 5 ciudadanos mexicanos y un ciudadano ecuatoriano.

32. De acuerdo al Estado ecuatoriano, hacia las 03:30 horas la Fuerza Aérea de Colombia habría realizado otro bombardeo para evitar que los miembros de la guerrilla huyeran y se llevaran consigo a los muertos y heridos. Asimismo, sostiene que a las 08:30 horas, el Jefe del Comando Conjunto de Ecuador habría recibido una llamada del Comandante de las Fuerzas Militares de Colombia, en el que le informaba las coordenadas del enfrentamiento de las fuerzas militares colombianas con “grupos ilegales armados de Colombia (GIAC)”. Agrega el Estado ecuatoriano que dichas coordenadas fueron inexactas y a eso de las 09:00 horas, el General Mario Montoya, Comandante del Ejército de Colombia le entregó nuevas coordenadas del lugar de los hechos al Comandante General de la Fuerza Terrestre de Ecuador.

33. Se afirma en la denuncia que a las 11:00 horas del 1 de marzo de 2008, militares ecuatorianos contactaron por radioteléfono a una patrulla de 18 policías antinarcóticos de Colombia que necesitaban apoyo en Ecuador para salir del lugar, quienes habrían afirmado que tenían bajo custodia a dos guerrilleras heridas, 15 muertos y varios fusiles AK47N16. Agrega que el Mayor de la policía colombiana habría afirmado que los heridos y las bajas ya habían sido evacuados. Sostiene el Estado de Ecuador que ante lo anterior, envió dos grupos de 38 militares cada uno para buscar a los policías colombianos. A las 15:00 horas el Mayor de la policía colombiana habría entrado nuevamente en contacto por radio con la tropa ecuatoriana, cuyo Capitán habría preguntado si había heridos y el Mayor de la patrulla colombiana habría respondido que si, y que éstos se encontraban “estables con suero”.

34. Sostiene el Estado ecuatoriano que a las 17:30 horas ese mismo día, el Presidente de Ecuador ordenó proceder según la Cartilla de Seguridad que comparten los Ejércitos de ambos países y que establece que “las tropas invasoras entreguen sus armas a las autoridades del país invadido”, se aclare la situación, se levante un acta y “los extranjeros sean acompañados hasta la frontera”.

35. De acuerdo al Estado de Ecuador, cuando las tropas ecuatorianas lograron entrar al área del bombardeo, constataron la presencia de 12 cadáveres y de 3 mujeres con heridas provocadas por esquirlas. Asimismo, habrían identificado 10 cráteres provocados por el bombardeo y junto a los cadáveres habrían hallado armamento, munición y explosivos presuntamente de propiedad de las FARC. Agrega el Estado peticionario que en el campamento no había ningún policía colombiano y que de acuerdo a las sobrevivientes del bombardeo, los policías habían sido evacuados del lugar mediante helicópteros.

36. Alega el Estado ecuatoriano que a las 18:30 horas, un mando militar de Ecuador recibió la llamada del Comandante de la Brigada de Selva No. 27 del Ejército colombiano, que informó que una Unidad colombiana se encontraba extraviada en territorio ecuatoriano y requería apoyo. Sostiene que el Comandante ecuatoriano le respondió que dicha Unidad debía cumplir lo dispuesto en la Cartilla de Seguridad, para lo cual era necesario conocer la frecuencia de radio para establecer contacto y coordinar su entrega en territorio ecuatoriano. El Comandante colombiano se habría comprometido a enviar un radio operador al puente internacional sobre el río San Miguel para materializar el enlace para la entrega, pero según el Estado de Ecuador dicho radio operador nunca apareció.

37. Según la petición interestatal, en el operativo Fénix murieron 25 personas, entre civiles y guerrilleros. Sostiene el Estado de Ecuador que entre los muertos figuran: Verónica Natalia Velásquez Ramírez, de 30 años; Fernando Franco Delgado, de 28 años; Soren Ulises Aviles Ángeles, de 33 años y Juan González del Castillo, de 28 años, todos ciudadanos mexicanos y estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agrega que también resultó muerto Alias “Raúl Reyes” y según las primeras versiones, junto a él habría muerto Guillermo Enrique Torres, alias “Julián Conrado”, otro miembro de las FARC. Asimismo, en el operativo habría fallecido el soldado colombiano Carlos Edilson León, producto de un ataque de las FARC, aunque alega el Estado de Ecuador que según una versión que circuló con posterioridad, éste último habría fallecido luego de que un árbol le cayera encima.

38. Por otra parte, sostiene el Estado ecuatoriano que las únicas sobrevivientes del ataque fueron Martha Pérez, de 24 años; Doris Bohórquez Torres, de 21 años; ambas ciudadanas colombianas y presuntas miembros de las FARC; así como Lucía Morett, de 27 años, estudiante mexicana. Agrega que Lucía Morett declaró haber sido víctima de acoso e insinuaciones de carácter sexual por parte de soldados y policías colombianos, quienes pese a encontrarse heridas, las habrían dejado abandonadas a ella y las otras dos sobrevivientes.

39. Alega el Estado de Ecuador que al llegar al campamento de las FARC, las tropas y los funcionarios técnicos de la Policía Nacional del Ecuador, además de altos funcionarios del Ejecutivo ecuatoriano, constataron la magnitud de la destrucción causada por las bombas GBU-12 y los ametrallamientos realizados desde helicópteros.

40. Asimismo, sostiene que los resultados de las necropsias realizadas en Ecuador a los cadáveres hallados en el campamento “revelaron la práctica de ejecuciones extrajudiciales a individuos que se encontraban en estado de indefensión”. Agrega que la Fiscalía General de Ecuador solicitó un segundo concepto a peritos franceses, el cual habría confirmado que éstos habrían muerto a causa de proyectiles de arma de fuego a corta distancia.

41. Se alega en la denuncia interestatal que en el lugar del bombardeo se encontraron “aletas estabilizadoras de bombas inteligentes” y otras evidencias que indicarían que el mismo no fue efectuado por aviones Súper Tucano, tal como lo afirmaba el Estado colombiano. Agrega el Estado de Ecuador que a raíz de esta contradicción del gobierno colombiano respecto al tipo de tecnología utilizada en el bombardeo, en reunión celebrada el 21 de mayo de 2008 en Panamá, las Fuerzas Militares de Colombia habrían expresado que en los hechos habían participado aviones A 37, cuya tecnología, según el Estado de Ecuador, tampoco permitía realizar operaciones como la que fue realizada sobre la localidad de Angostura. Afirma Ecuador en su denuncia que pese a que se llevaron a cabo otras dos reuniones sobre este asunto, las autoridades colom-

bianas no proporcionaron más información que permita verificar que los aviones que participaron en el bombardeo en Angostura hayan sido colombianos.

42. Unido a lo anterior, alega el Estado de Ecuador que si bien las autoridades colombianas sostuvieron que los aviones habían atacado el campamento desde territorio colombiano pues de lo contrario, el radar militar de Ecuador los habría detectado, dicho radar en la zona se encontraba apagado el día de los hechos.

43. Al referirse al contexto alrededor de los hechos denunciados en la presente petición interestatal, el Estado de Ecuador hace mención de la sesión extraordinaria sostenida el 4 de marzo de 2008 en el seno de la Organización de los Estados Americanos –OEA- en la cual, la Canciller ecuatoriana denunció la violación por parte de Colombia de la soberanía territorial de Ecuador. Agrega que el 5 de marzo de 2008, el Consejo Permanente de la OEA emitió una resolución condenatoria de la incursión de las fuerzas militares y de policía de Colombia en territorio ecuatoriano, ocurrida el 1 de marzo de 2008.

44. Asimismo, indica el Estado de Ecuador que el 7 de marzo de 2008, en la Cumbre XX del Grupo de Río, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, el Presidente de Colombia reconoció el quebrantamiento de obligaciones internacionales y pidió disculpas por lo ocurrido.

45. Por último, informa el Estado ecuatoriano que una Comisión de la OEA, encabezada por el Secretario General de la Organización, se desplazó a Ecuador para hacer una verificación en el lugar de los hechos y pudo constatar la magnitud del bombardeo.

Posición del Estado de Ecuador en relación al caso del Sr. Franklin Guillermo Aisalla Molina

46. De acuerdo a la denuncia interestatal, una vez concluidos los ataques, los cadáveres de alias “Raúl Reyes” y de quien se creía era alias “Julián Conrado” fueron trasladados por las tropas de Colombia a territorio colombiano.

47. Sostiene el Estado peticionario que a las 21:30 horas del 1 de marzo de 2008, la médica forense del Instituto Nacional de Medici-

na Legal y Ciencias Forenses de Colombia (en adelante “INMLCF”) practicó la autopsia de quien se creía era alias “Julián Conrado”. De acuerdo al Estado ecuatoriano, en el informe forense se sostenía que el cuerpo analizado presentaba lesiones en el cráneo y en el dorso, producidos con elemento explosivo y penetrante. El 3 de marzo siguiente, el Director del INMLFC habría expresado ante los medios de comunicación que el cuerpo no correspondía a alias “Julián Conrado”.

48. Agrega que en Ecuador, la familia de Franklin Guillermo Aisalla Molina, vio algunos videos circulados por Internet sobre lo ocurrido el 1 de marzo de 2008, en el operativo Fénix e identificaron en una de las imágenes a la presunta víctima.

49. De acuerdo a la petición interestatal, Franklin Aisalla nació el 21 de mayo de 1970, era hijo de Guillermo Aisalla Yáñez y Teresa Molina, soltero, tenía 3 hermanas y un hermano. Se agrega que el Sr. Aisalla Molina era cerrajero de profesión y que devengaba un promedio de seiscientos (600) dólares americanos al mes, los cuales usaba para su manutención y el sostenimiento de sus padres.

50. Alega el Estado de Ecuador que según los familiares de la presunta víctima, el Sr. Aisalla Molina salió el 21 de febrero de 2008 de la cerrajería en la que trabajaba, sin sus herramientas y sin informar a dónde iba. Agrega que el 27 de febrero siguiente, el Sr. Aisalla Molina habría llamado a su madre y le habría dicho que se encontraba bien.

51. Según la petición interestatal, el 23 de marzo de 2008 la Fiscalía General de la Nación de Ecuador recibió de la Subdirección Técnica Científica de la Policía Judicial del Departamento de Criminalística de Pichincha, Ecuador, un informe que confirmó que la identidad del cuerpo que estaba en Colombia y que inicialmente se había atribuido a alias “Julián Conrado” correspondía a Franklin Guillermo Aisalla Molina.

52. Agrega que el 26 de marzo de 2008, un Comandante del Ejército colombiano habría expresado que no tenía duda de que el ciudadano ecuatoriano llevado a Colombia como Julián Conrado, era un importante enlace de las FARC cuyo nombre era Franklin

Ponelia Molina, pues así había sido identificado a mediados del 2003 por la inteligencia militar cuando se le hacía seguimiento a alias “Simón Trinidad”. Asimismo, el Comandante habría afirmado que en Ecuador, el ciudadano ecuatoriano era identificado por sus familiares y por las autoridades como “Franklin Guillermo Aizalia Molina”.

53. Alega el Estado de Ecuador que también el 26 de marzo de 2008, el Director del INMLCF de Colombia confirmó la real identidad del cuerpo de quien primero se dijo era Julián Conrado y luego Franklin Ponelia, como perteneciente a Franklin Aisalla. Según el Estado de Ecuador, el Director del INMLCF habría declarado que el Sr. Aisalla Molina había fallecido a causa de heridas en el área craneoencefálica, provocadas por material de fragmentación, por la onda explosiva.

54. Se sostiene en la denuncia interestatal que el 26 de marzo de 2008 el Fiscal 20 de la Unidad Nacional contra el Terrorismo solicitó a la Registraduría Municipal del Estado Civil del Municipio de Puerto Asís, Colombia, la expedición de un Registro Civil de Defunción de Franklin Guillermo Aisalla Molina, quien habría muerto el 1 de marzo de 2008 en Puerto Asís por laceración craneoencefálica. En los mismos términos habría sido expedido en Bogotá el Certificado de defunción el mismo 26 de marzo de 2008.

55. Alega el Estado ecuatoriano que debido al manejo dado al caso por parte de las autoridades colombianas, decidió realizar un peritaje alterno sobre el cuerpo de Franklin Aisalla. Dicho estudio habría arrojado como conclusión que las lesiones traumáticas óseas en el cráneo de la presunta víctima eran consecuencia de varios golpes inflingidos con fuerza y que el agresor se encontraba detrás de la víctima. Agrega que el 6 de mayo de 2008, el Ministro de Gobierno de Ecuador divulgó los resultados del peritaje, según el cual, además de un disparo en el dorso que no habría sido letal, la presunta víctima habría muerto a causa de los golpes que le reventaron el cráneo y que su cuerpo no presentaba huellas de haber recibido impacto alguno producido por una explosión.

56. Se sostiene en la denuncia que existe información según la cual, Franklin Aisalla había sido objeto de seguimientos desde

el 2003 por parte del Ejército colombiano y el Departamento Administrativo de Seguridad de Colombia –DAS-. Por su parte, organismos de inteligencia de Ecuador habían desarrollado labores de seguimiento sobre la presunta víctima entre el 2003 y el 2005 por posible contacto con las FARC. El seguimiento se habría suspendido en el 2005 sin conocerse el motivo.

57. Respecto a los derechos presuntamente violados por el Estado de Colombia en el marco de los hechos expuestos, sostiene el Estado ecuatoriano que Colombia violó el derecho a la vida contenido en el artículo 4 de la CADH en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, como consecuencia de la privación arbitraria de su vida ocurrida durante el operativo militar efectuado por agentes estatales colombianos en territorio de Ecuador.

58. Asimismo, alega el Estado de Ecuador que Colombia es responsable por la violación del artículo 5.1 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares del Sr. Franklin Aisalla Molina, en razón del sufrimiento causado como consecuencia de la ejecución extrajudicial de la presunta víctima. En este sentido, el Estado ecuatoriano señala como familiares directamente afectados por la muerte del Sr. Aisalla Molina a sus padres, Teresa Molina y a Guillermo Aisalla, así como a su tío, Marco Molina. Agrega que el Estado colombiano también violó el derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima, contenido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, debido a la ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos, lo cual les habría generado sentimientos de angustia, desesperación, inseguridad y frustración.

59. Por último, sostiene el Estado peticionario que Colombia violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de la presunta víctima. Lo anterior, según el Estado ecuatoriano, en razón a que el Estado de Colombia omitió llevar a cabo una investigación criminal que desembocara en el conocimiento específico de las circunstancias de la muerte del Sr. Franklin Aisalla. Agrega que tal investigación era el recurso judicial adecuado y que su omisión impidió el acceso a una tutela efectiva.

60. Los alegatos específicos sobre la admisibilidad de la denuncia interestatal presentados por el Estado de Ecuador serán descritas en las secciones que este Informe dedica a analizar dichas cuestiones.

C. Posición del Estado de Colombia

61. Como fue señalado al inicio de esta sección, en su respuesta a la comunicación interestatal de Ecuador, el Estado de Colombia solicitó a la Comisión excluir de cualquier análisis determinados hechos y documentos probatorios presentados por el Estado peticionario, por considerar que están por fuera del objeto preciso de esta petición y que éste debe limitarse a la presunta violación de los derechos a la vida (artículo 4.1), integridad personal (artículo 5.1), garantías judiciales (artículos 8.1 y 8.2) y protección judicial (artículo 25.1) de la Convención Americana en perjuicio de Franklin Guillermo Aisalla Molina y sus familiares (en relación con la presunta violación al derecho a la integridad personal).⁶

62. Asimismo, la posición del Estado de Colombia respecto a la comunicación interestatal bajo análisis se refiere a alegaciones de falta de competencia en razón del lugar y en razón de la materia, así como a la supuesta inadmisibilidad de la petición por falta de agotamiento de los recursos internos. Los argumentos presentados por el Estado de Colombia al respecto serán descritos en las secciones que este Informe dedica a analizar dichas cuestiones.

IV. ANÁLISIS SOBRE COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

A. Cuestión previa

63. Antes de iniciar el análisis de competencia y admisibilidad del presente caso, la Comisión considera pertinente hacer una aclaración previa. El Estado de Ecuador, en sus alegatos incluye algunas referencias a personas, además de la presunta víctima, que habrían sido afectadas por los hechos alegados en la petición interestatal. Teniendo en cuenta que el Estado peticionario presentó un listado de presuntas víctimas y en virtud de que no se presentaron elementos fácticos suficientes en cuanto a las circunstancias en las

⁶ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, página 2.

cuales habrían resultado afectadas otras personas adicionales, la Comisión entiende que la referencia a esas personas en la narración de los hechos, obedece a una cuestión de contexto y no a una inclusión de nuevas presuntas víctimas.

64. En consecuencia, es necesario aclarar que el análisis de los requisitos de admisibilidad, se hará frente a las presuntas violaciones cometidas por el Estado de Colombia en perjuicio de Franklin Guillermo Aisalla Molina y sus familiares.

B. Consideraciones iniciales relativas al trámite de esta comunicación interestatal

65. La Comisión analizará en esta sección las normas que autorizan y regulan el trámite por parte de la Comisión de los casos en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención.

66. La Convención Americana, en la Sección 3 del Capítulo V, determina la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El artículo 45 de la Convención determina la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención, siempre y cuando tanto el Estado que presenta la comunicación como el Estado en contra de quien ésta es presentada hayan declarado, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención o en cualquier momento posterior, que reconocen la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

67. Por su parte, los artículos 46 y 47 de la Convención Americana se refieren a los requisitos de admisibilidad que deben cumplir, indistintamente, tanto las peticiones presentadas conforme al artículo 44 como las comunicaciones presentadas conforme al artículo 45. Seguidamente, la Sección 4 del Capítulo V de la Con-

vención regula los términos en los cuales la Comisión debe proceder al recibir una petición presentada conforme al artículo 44 o al recibir una comunicación presentada conforme al artículo 45, si en ella se alega la violación de cualquiera de los derechos que consagra la Convención.

68. De lo anterior se observa que tanto la Convención Americana como el Reglamento de la Comisión han previsto que las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención, se rigen por las mismas normas de procedimiento y deben cumplir los mismos requisitos que las peticiones que contengan denuncias o quejas que hayan sido presentadas por cualquier persona, siempre y cuando cumplan además los requisitos específicos establecidos por el artículo 45 de la Convención y todo ello sin perjuicio de que los procedimientos y requisitos aplicables deben tener en consideración las especiales características y propósitos del mecanismo de comunicaciones entre Estados.⁷

C. Requisitos de Competencia de la Comisión establecidos por el artículo 45 de la Convención Americana

69. El inciso primero del artículo 45 de la Convención Americana requiere la aceptación expresa de los Estados Partes para que la Comisión Interamericana conozca comunicaciones interestatales. Como lo ha señalado la Corte Interamericana, la Convención se distingue entre los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando hace posible la facultad de petición individual contra un Estado Parte tan pronto como éste ratifique la Convención, sin que se requiera para tal efecto declaración especial alguna, la que en cambio sí se exige para el caso de las denuncias entre Estados⁸.

70. En este caso, la comunicación fue presentada por el Estado de Ecuador contra el Estado de Colombia, por lo que procede analizar si ambos Estados declararon reconocer la competencia de la Comisión Interamericana para recibir y examinar comunicaciones en que un

⁷ CIDH, Informe No. 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua c. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007, párr. 127.

⁸ Corte I.D.H., *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No.G 101/81, párrafo 22.

Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención.

71. El inciso segundo del artículo 45 de la Convención señala, en primer lugar, que las comunicaciones hechas en virtud de dicho artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión, por lo que procede verificar si el Estado de Ecuador realizó dicha declaración.

72. Según los registros de la Secretaría General de la OEA, mediante declaración del 30 de julio de 1984, el Estado de Ecuador reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones interestatales, establecida en el artículo 45.1 de la Convención Americana. El depósito de dicho instrumento de aceptación en la Secretaría General de la OEA se llevó a cabo el 13 de agosto de 1984.

73. El inciso segundo del artículo 45 de la Convención señala también que la Comisión no admitirá ninguna comunicación en contra de un Estado Parte que no haya hecho tal declaración, por lo que procede verificar si el Estado de Colombia realizó dicha declaración.

74. Según los registros de la Secretaría General de la OEA, el 8 de mayo de 1985 el Estado de Colombia declaró su aceptación de la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones entre Estados. El depósito del instrumento de aceptación en la Secretaría General de la OEA se realizó el 21 de junio de 1985.

75. El inciso tercero del artículo 45 de la Convención no establece un requisito sino la facultad de que los Estados puedan definir si sus declaraciones sobre reconocimiento de competencia sean hechas para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

76. De la lectura de las declaraciones realizadas por ambos Estados con el objeto de reconocer la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones entre Estados es posible concluir que ninguno de los dos Estados utilizó su facultad de establecer limitaciones temporales ni de ningún otro tipo a la competencia de la Comisión. La Comisión analizará más adelante cuál

es el momento a partir del cual dichas declaraciones comienzan a producir sus efectos.

77. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión resuelve que en el trámite de esta comunicación interestatal se han observado todas las normas convencionales y reglamentarias que regulan la tramitación de las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana y que la comunicación interestatal bajo examen cumple con los requisitos establecidos por el artículo 45 de la Convención Americana. Por lo tanto, procede que la Comisión pase a analizar si tiene competencia para analizar esta comunicación y si se han cumplido los requisitos de admisibilidad establecidos por la Convención tanto para el trámite de peticiones individuales como de comunicaciones entre Estados.

D. Requisitos de Competencia *ratione loci*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione materiae* de la Comisión

Competencia ratione loci

78. En la denuncia interestatal se alega que el Estado de Colombia tuvo control sobre áreas del territorio de Ecuador durante el desarrollo del operativo militar que se extendió de las 00h00 del 1 de marzo de 2008 hasta las 11h00 del mismo día y que en el campamento sobre el que se desarrollo dicho operativo, se encontraban aproximadamente 50 personas, entre ellas la presunta víctima, quienes estuvieron sometidas al control y autoridad de agentes del Estado colombiano⁹. Agrega que Colombia tuvo jurisdicción en el momento de la acción militar “mediante la cual tuvo control efectivo sobre el porvenir de las circunstancias, en especial, la obligación de respetar los derechos de las personas sometidas a este control”¹⁰. Por lo anterior, afirma el Estado ecuatoriano que el Estado de Colombia ejerció jurisdicción.

⁹ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra del Estado de Colombia el 11 de junio de 2009, página 51, leída conjuntamente con la comunicación presentada por el Estado de Ecuador el 14 de julio de 2009, al hacer referencia a la rectificación del párrafo 93.

¹⁰ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra del Estado de Colombia el 11 de junio de 2009, página 54.

79. Por su parte, en su escrito de observaciones a la petición interestatal, el Estado de Colombia alega que la Comisión Interamericana carece de jurisdicción en razón del territorio por considerar que la presunta víctima no estuvo sujeto a la jurisdicción de Colombia de acuerdo al artículo 1.1 de la Convención Americana.¹¹

80. A este respecto, alega el Estado colombiano que como regla general el término “jurisdicción” debe interpretarse en un sentido territorial. Agrega que al interpretar el artículo 1.1 y el artículo 2 de la Convención Americana se debe concluir que la herramienta principal que tienen los Estados para proteger los derechos y libertades de las personas sujetas a su jurisdicción, las leyes, se caracteriza por la aplicación territorial. “En consecuencia, las personas que se verían beneficiadas de dicha protección deben encontrarse dentro del territorio de dicho Estado, de lo contrario la protección no sería efectiva.”¹² Afirma el Estado de Colombia, que al tener carácter territorial el concepto de jurisdicción consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la muerte del Sr. Aisalla, de nacionalidad ecuatoriana y ocurrida en Ecuador, no está sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano.¹³

81. Asimismo, sostiene el Estado colombiano que según el derecho internacional, las únicas dos excepciones posibles a la regla que establece la territorialidad de la jurisdicción se refieren a operaciones militares o actos de agentes diplomáticos o consulares en territorio de otro Estado; que para que se considere que un Estado ha ejercido su jurisdicción de manera extraterritorial por operación militar en el exterior, se debe demostrar que existió una ocupación militar o que el Estado que despliega la operación ejerció control sobre el territorio del otro Estado.¹⁴

¹¹ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, págs. 5 a 20.

¹² Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, págs. 10 y 11.

¹³ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 11.

¹⁴ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 30.

82. Alega el Estado de Colombia que la operación “Fénix” no conllevó una ocupación militar ni un control del territorio ecuatoriano, pues para que exista ocupación no basta con la presencia de las tropas de un Estado en el territorio de otro sino que éstas deben actuar de tal forma que substituyan a la autoridad del Estado ocupado.

83. Respecto al control sobre el territorio, afirma el Estado de Colombia que existen dos tipos de control: el control general, que implica la participación de un Estado en la organización, formación, equipamiento, financiamiento, de un grupo militar o paramilitar organizado y el control especial, que además de implicar un control global sobre estas fuerzas, implica el giro de instrucciones específicas.¹⁵

84. De acuerdo al Estado colombiano, tanto para la ocupación como para el control existen dos elementos comunes: por una parte, la presencia de fuerzas armadas del Estado que despliega la acción militar sobre territorio extranjero y por otra parte, que dichas fuerzas asuman el conjunto o algunos de los poderes públicos que normalmente recaerían en las prerrogativas del Estado donde se desarrolló la operación militar, desplazando total o parcialmente a las autoridades del Gobierno local.¹⁶

85. Alega el Estado de Colombia que la operación “Fénix” no conllevó ocupación militar ni control sobre el territorio pues no había presencia permanente de las fuerzas militares en Ecuador y las fuerzas armadas colombianas tampoco buscaron derrocar, reemplazar o sustituir al gobierno ecuatoriano ni a sus fuerzas militares.

86. En conclusión, sostiene el Estado que en el presente caso no se configuran los presupuestos necesarios para considerar que producto de la Operación “Fénix” Colombia ejerció jurisdicción de manera extraterritorial sobre el territorio de Angostura (Ecuador) y las personas que allí se encontraban.¹⁷

¹⁵ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párrs. 37 a 39.

¹⁶ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 40.

¹⁷ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 49.

87. Respecto al ámbito de aplicación espacial de la Convención Americana, el artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Resaltado fuera del texto original).

88. Los términos de un tratado son interpretados de buena fe de acuerdo al significado ordinario en su contexto y a la luz del objeto y fin del mismo.¹⁸ Además, a menos que se establezca que las partes han tenido la intención de darle un significado especial a un término, todas las reglas relevantes del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes deben ser tomadas en cuenta.¹⁹ Al aplicar estas reglas, la palabra “jurisdicción” contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser entendido y aplicado en su sentido ordinario como un concepto del derecho internacional, a menos que resulte claro que las partes tenían una intención distinta.

89. La antecedentes históricos de la redacción de la Convención no indican que las partes tuvieron la intención de otorgarle un significado especial al término “jurisdicción”. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana demuestran que el texto inicial del artículo 1.1 establecía que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre *en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”²⁰ (Resaltado fuera del texto original).

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 31.1

¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 31.3 (c).

²⁰ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 14.

90. Al momento de adoptar la Convención Americana la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos optó por suprimir la referencia al territorio y establecer la obligación de los Estados partes de la Convención a respetar y garantizar los derechos allí reconocidos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. De esta manera, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que los Estados no sólo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen imputables dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero dentro de una esfera en la que ejerzan jurisdicción.

91. En el derecho internacional, las bases de la jurisdicción no son exclusivamente territoriales sino que puede ser ejercida sobre otras bases también. En este sentido, la CIDH ha establecido que “en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial no sólo será congruente sino requerido por las normas pertinentes”²¹. De esta forma, aunque jurisdicción usualmente se refiere a la autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su ciudadanía o ubicación. Bajo el derecho Interamericano de los derechos humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes.²² Esta postura coincide con la de otros organismos internacionales que al analizar el ámbito de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos han contemplado su extraterritorialidad.

92. El Comité de Derechos Humanos, aun cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) está redactado de una manera más restrictiva al establecer la obli-

²¹ CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr. 37.

²² CIDH, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Alejandro Jr y otros, Cuba, 13 de abril de 1999.

gación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”, ha admitido la aplicabilidad extra-territorial del Pacto sobre la base del requisito de la autoridad o el control efectivo en múltiples casos.²³ Asimismo, estableció en su observación General 31, que:

Los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte. [...] el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida [...] . Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla.²⁴

²³ Ver López Burgos c. Uruguay, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981; Celiberti c. Uruguay, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981; Observaciones Finales sobre Chipre, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.39, 21 de septiembre de 1994, párr.3; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párr.10; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr.11; Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998, párr. 14; Observaciones Finales sobre los Países Bajos, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001, párr. 8; y Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6.

²⁴ Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 10.

93. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, al analizar el ámbito de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, afirmó que “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional” y que “t eniendo en cuenta el objeto y el fin del PIDCP , parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones.”²⁵ De la misma manera se pronunció al decidir el caso RDC c. Uganda, en cuyo fallo expresó que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en relación con actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio²⁶.

94. A nivel de los organismos regionales, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha concluido que el término “jurisdicción” no se limita al territorio nacional de un Estado Parte, pues puede surgir responsabilidad por actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su territorio²⁷. El ejercicio de jurisdicción es una condición necesaria para hacer a un estado responsable por los actos u omisiones que le sean imputables y que dieron lugar a una infracción de los derechos y libertades protegidos.²⁸ En el caso *Loizidou c. Turquía*, la Corte Europea determinó que donde un Estado ejerce control efectivo sobre un territorio, como en el caso de

²⁵ CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, 9 de Julio de 2004, párr. 109. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf

²⁶ CIJ, Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), 19 de diciembre de 2005, párr.216. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>

²⁷ Corte EDH, *Drozd y Janousek c. Francia y España*, Sentencia del 26 de junio de 1992, párr. 91. Ver también las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación a la admisibilidad de las peticiones 1611/62, X c. La República Federal de Alemania, 25 de septiembre de 1965; petición no. 6231/73, Hess c. Reino Unido, 28 de mayo de 1975; peticiones 6780/74 y 6950/75, Chipre c. Turquía, 26 de mayo de 1975; peticiones 7289/75 y 7349/76, X y Y c. Suiza, 14 de julio de 1977; petición 9348/81, W. c. Reino Unido, 28 de febrero de 1983.

²⁸ Corte EDH, *Ilascu y otros C. Moldavia y Rusia*, GC No. 48787/99, julio 8 de 2004, párr. 311.

las ocupaciones militares, ejerce jurisdicción.²⁹ La Corte Europea lo expuso en los siguientes términos:

Al respecto, la Corte recuerda que, aunque el artículo 1 (art.1) establece límites al alcance de la Convención, según esta disposición el concepto de “jurisdicción” no se restringe al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes. [...] la responsabilidad de las Partes Contratantes puede verse involucrada por actos de sus autoridades, ya sea que se lleven a cabo dentro o fuera de sus fronteras nacionales, que produzcan efectos fuera de su propio territorio [...]

Teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención, la responsabilidad de una Parte Contratante puede surgir también cuando como consecuencia de una acción militar- ya sea legal o ilegal- ejerce control efectivo de un área fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar en dicha área, los derechos y libertades consagradas en la Convención, deriva del hecho de tal control, ya sea ejercido directamente a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada.³⁰

95. En su decisión en el *caso Bankovic y otros c. Bélgica y otros*³¹, el Tribunal europeo insistió en que el significado del término “jurisdicción” se deriva del derecho internacional y es primaria, pero no exclusivamente, territorial. Bankovic fue declarado inadmisibile porque se consideró que el bombardeo aéreo no constituía control efectivo sobre el área en cuestión.

96. En el caso *Issa y otros contra Turquía*, la Corte Europea reiteró que la responsabilidad de un Estado puede generarse por la violación de derechos y libertades de personas que están en el territorio de otro Estado, pero que se encontraban bajo el control y la autoridad de agentes del primer Estado quienes operaban, legal o ilegalmente, en territorio del segundo. El test aplicado es el del

²⁹ Corte EDH, *Loizidou c. Turquía* (Objeciones preliminares), Sentencia del 23 de marzo de 1995, párr. 62 y Corte EDH, *Loizidou c. Turquía*, Sentencia del 18 de diciembre de 1996.

³⁰ Corte EDH, *Loizidou c. Turquía* (Objeciones preliminares), Sentencia del 23 de marzo de 1995, párr. 62.

³¹ Corte EDH, *Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, Sentencia del 12 de diciembre de 2001, párrs. 59-61.

“control efectivo” global. Según la Corte Europea, la responsabilidad en ese tipo de situaciones se genera como resultado de que no puede interpretarse el artículo 1 de la Convención Europea de tal forma que le permita a un Estado parte cometer violaciones a derechos humanos en el territorio de otro Estado, que en su propio territorio no podría cometer.³²

97. En *Issa*, como en el presente caso, el Estado denunciado es señalado de haber realizado una operación militar transfronteriza dirigida a perseguir y eliminar supuestos terroristas. La Corte Europea aceptó que como consecuencia de dicha acción, podría considerarse que el Estado denunciado había ejercido, temporalmente, un control efectivo global sobre una porción particular del territorio en el cual se llevó a cabo el operativo militar. De ser así, ello podría resultar en la conclusión de que las víctimas se encontraban dentro de la jurisdicción del Estado denunciado. Sin embargo, parecería que al momento relevante no se habían realizado actividades militares en la zona donde murieron los familiares de los peticionarios y por lo tanto, las muertes no podían ser atribuidas al Estado. En el presente caso, no hay disputa sobre el hecho de que la muerte aquí ocurrió en el territorio sobre el que se llevó a cabo el operativo militar colombiano.

98. La Comisión Interamericana ha determinado, similarmente a los órganos internacionales antes referidos, que tiene competencia *ratione loci* respecto de un Estado por hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, cuando las presuntas víctimas han estado sometidas a la autoridad y control de sus agentes³³. De lo contrario, se configuraría un vacío jurídico en la protección de los derechos humanos de las personas que la Convención Americana busca proteger, lo que iría en contravía del objeto y fin de este instrumento.³⁴

³² Corte EDH, *Issa y otros c. Turquía*, Sentencia del 16 Noviembre de 2004, párr. 71.

³³ CIDH. Informe No. 109/99, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr. 37; CIDH. Informe No. 14/94, Petición 10.951, *Callistus Bernard y otros* (Estados Unidos). 7 de febrero de 1994, párrs. 6 y 8; CIDH. Informe No. 31/93 caso 10.573, *Salas* (Estados Unidos), 14 de octubre de 1993, párr. 6.

³⁴ Corte EDH, *Chipre c. Turquía*, Sentencia del 10 de mayo de 2001, párr. 78.

99. Por ello, en la determinación de la jurisdicción resulta decisivo para la Comisión el ejercicio de autoridad sobre las personas por parte de agentes de un Estado aunque no se lleve a cabo en su territorio, sin que se exija necesariamente la existencia de una relación legal formal o estructurada y prolongada en el tiempo para vincular la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos por sus agentes en el extranjero. Al momento de analizar el ámbito de jurisdicción de la Convención Americana, es necesario determinar si existe un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos y libertades de una persona.

100. Lo anterior no significa que se derive necesariamente de la actuación extraterritorial de un Estado un deber de garantía del catálogo de derechos sustantivos establecidos en la Convención Americana, incluyendo toda la gama de obligaciones respecto a las personas que se encontraban bajo la jurisdicción del mismo por el tiempo que haya durado el control de sus agentes. En cambio, sí se desprende la obligación de que en el lapso de interferencia de los agentes de un Estado en la vida de personas que se encuentren en territorio de otro Estado, dichos agentes respeten sus derechos y en particular, su vida e integridad personal.

101. Los hechos alegados por el Estado peticionario indican como contexto que 25 personas fallecieron en el lugar del bombardeo y tres personas sobrevivieron heridas. Asimismo, se alega que con posterioridad al bombardeo, agentes colombianos estuvieron presentes en el campamento bombardeado por varias horas, durante las cuales habrían ejercido actos de autoridad respecto a las personas sobrevivientes y habrían dispuesto de algunos de los cuerpos de las personas muertas, así como de objetos encontrados en el lugar.

102. Si bien en esta etapa no corresponde dar por probados los alegatos de la comunicación interestatal, la Comisión observa que no existe desacuerdo entre las partes en que miembros de las fuerzas armadas colombianas incursionaron en territorio ecuatoriano el 1 de marzo de 2008, estuvieron presentes en un campamento ubicado en Angostura, Ecuador y se llevaron los cuerpos de alias

“Raúl Reyes” y de Franklin Guillermo Aisalla Molina a territorio colombiano. Asimismo, según lo alegado en la denuncia y no controvertido por el Estado de Colombia, durante las horas que permanecieron en el campamento de Angostura, los oficiales colombianos tuvieron bajo su control a las personas sobrevivientes, a los cuerpos de las personas fallecidas y los objetos del campamento. En consecuencia, la Comisión considera que tiene indicios suficientes para concluir que en el presente caso, el Estado de Colombia ejerció jurisdicción extraterritorial sobre la zona sujeta al ataque.

103. Por lo anterior, la Comisión concluye que tiene competencia *ratione loci* para conocer esta comunicación interestatal por cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana que habrían sido cometidas por agentes estatales de un Estado Parte de dicho instrumento en territorio de otro Estado Parte.

Competencia *ratione personae*

104. La Comisión toma nota de que el Estado de Colombia es un Estado Parte en la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973, fecha en que depositó su instrumento de ratificación, mientras que el Estado de Ecuador es un Estado Parte en la Convención Americana desde el 8 de diciembre de 1977, fecha en que depositó su instrumento de ratificación. Asimismo, los Estados Partes de la Convención se encuentran facultados por el artículo 45 de la Convención Americana para presentar ante la CIDH comunicaciones en las que aleguen que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención, siempre y cuando hayan declarado que reconocen la competencia de la Comisión para recibir y examinar tales comunicaciones.

105. El Estado de Ecuador alega que la Comisión Interamericana tiene competencia *ratione personae* para conocer la presente petición. Agrega que el Estado de Colombia tiene legitimación pasiva por haber reconocido la competencia de la CIDH para conocer denuncias interestatales el 21 de junio de 1985. Asimismo, sostiene que el Estado de Ecuador tiene legitimación activa por haber aceptado la

competencia de la Comisión prevista en el artículo 45 de la Convención Americana el 4 de julio de 1984.³⁵ Agrega que los hechos materia de la petición habrían sido cometidos en perjuicio del Sr. Franklin Guillermo Aisalla Molina, ciudadano ecuatoriano y sus familiares.

106. La Comisión observa que en el presente caso se cumplen los requisitos de legitimación activa y pasiva para presentar comunicaciones interestatales, dado que el Estado de Ecuador depositó su instrumento de aceptación de la competencia de la CIDH contemplada en el artículo 45 de la CADH el 13 de agosto de 1984, en tanto que Colombia depositó su instrumento de aceptación de la referida competencia de la Comisión el 21 de junio de 1985.

107. En consecuencia, en consonancia con el análisis y la conclusión respecto a la competencia en razón del lugar, la Comisión concluye que tiene competencia *ratione personae* para conocer la presente comunicación interestatal ya que la petición señala como presunta víctima a un individuo que, según lo alegado, se encontraba bajo el control y autoridad de agentes estatales colombianos y por lo tanto, correspondía al Estado de Colombia respetarle y garantizarle a éste los derechos consagrados en la Convención Americana.

Competencia *ratione temporis*

108. Le corresponde a la Comisión analizar en esta sección si los hechos alegados en la petición tuvieron lugar cuando la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado colombiano y cuando se había establecido ya la competencia de la Comisión para examinar las alegaciones de violación a la Convención en el marco de una comunicación interestatal.

109. En primer lugar, la Comisión observa que, conforme al inciso tercero del artículo 45 de la Convención Americana, los Estados tienen la facultad de limitar su declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana para que ésta rijan por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos

³⁵ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra del Estado de Colombia el 11 de junio de 2009, página 50.

específicos. En relación con los dos Estados involucrados en la presente comunicación interestatal, la CIDH observa que ninguno de ellos utilizó su facultad de establecer limitaciones temporales ni de ningún otro tipo a la competencia de la Comisión.

110. De tal forma, las limitaciones temporales a la competencia de la Comisión son únicamente las establecidas en la misma Convención. La Convención Americana claramente establece que tanto el Estado que presenta la comunicación como el Estado contra quien ésta es presentada deben haber reconocido la competencia de la Comisión para tramitar comunicaciones entre Estados con el fin de que la Comisión pueda ejercer su competencia en un caso específico. En el caso de autos, ambos Estados han reconocido esta competencia.

111. Ahora, para establecer a partir de qué momento rige la competencia de la Comisión para conocer la denuncia de un Estado Parte en contra de otro Estado Parte, debe verificarse la condición de reciprocidad que debe regir las comunicaciones entre Estados. Lo anterior, en virtud de que la misma Convención ha establecido que las comunicaciones entre Estados sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión para conocer comunicaciones entre Estados, y si son presentadas contra un Estado parte que haya hecho tal declaración.³⁶

112. Considerando las fechas de depósito de los instrumentos de aceptación de la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones entre Estados por parte de los Estados de Ecuador y de Colombia, y en virtud de que los hechos alegados habrían ocurrido el 1 de marzo de 2008, la Comisión observa que tiene competencia *ratione temporis* para conocer la presente denuncia.

Competencia *ratione materiae*

113. De acuerdo al Estado de Ecuador, la CIDH tiene competencia *ratione materiae*, pues en la denuncia se alega la violación de

³⁶ CIDH, Informe No. 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua c. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007, párr. 215.

los artículos 4.1, 8.1 y 8.2 y 25.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

114. Por su parte, el Estado de Colombia sostiene que el artículo 45 de la Convención Americana sólo faculta a la CIDH para conocer comunicaciones interestatales que versen sobre violaciones a los derechos contenidos en dicho instrumento y que los hechos de la operación “Fénix”, así como la muerte del Sr. Franklin Aisalla se rigen por el Derecho Internacional Humanitario (en adelante “DIH”). En este sentido, afirma el Estado colombiano que el DIH tiene una regulación más detallada para la protección de los derechos humanos durante el conflicto armado y que como ley especial, deroga a la ley más general, que a su consideración en este caso sería el derecho internacional de los derechos humanos.

115. Agrega que es solo a través del DIH que se puede “establecer si la privación del derecho a la vida de un individuo que se dio como consecuencia de la conducción de hostilidades asociadas a una operación militar que a su vez se enmarca en el contexto de un conflicto armado, fue arbitraria o no.”³⁷ Afirma el Estado colombiano que en consecuencia, la Comisión carece de competencia *rationae materiae* para conocer la presente petición interestatal.

116. Antes de determinar la competencia *rationae materiae* de la Comisión para conocer el presente caso, se estima necesario aclarar la interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, así como la base jurídica que permite a la CIDH interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana tomando como referencia las normas del Derecho Internacional Humanitario.

117. Al igual que otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad inherente al ser humano.³⁸

³⁷ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 82.

³⁸ CIDH Informe No. 55-97, caso 11.137 *Juan Carlos Abella* (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 158. Ver también, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 227/99- D.R. Congo c. Burundi, Ruanda y Uganda, 33ava sesión ordinaria de la Comisión Africana, mayo 2003, párrs. 64 y 65.

118. Es así como tanto el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como el artículo 4 de la Convención Americana protegen el derecho a la vida y en consecuencia, prohíben las ejecuciones extrajudiciales en cualquier circunstancia. Por lo tanto, las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión Interamericana, pero de resultar establecida la existencia de un conflicto armado, resulta indispensable acudir al DIH como fuente de interpretación autorizada que permita aplicar la Convención Americana con una debida consideración de las características particulares de esta situación.

119. La Corte Interamericana ha señalado que “hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes)”³⁹ y reiteró “que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”⁴⁰.

120. Por su parte, la Comisión ha determinado que:

La Comisión entiende que la circunstancia de que algunos de los hechos denunciados, hubiesen ocurrido en el contexto de un conflicto armado, no excluye la facultad de esta Comisión de pronunciarse sobre los mismos. El propio artículo 27 de la Convención, permite la suspensión de ciertos derechos en el contexto de conflictos armados pero en modo alguno suspende la vigencia de la Convención en su integridad ni priva a esta Comisión de sus atribuciones. Todo ello, sin perjuicio de que en la etapa de fondo, la CIDH deba analizar las obligaciones del Estado emanadas de la Convención, a la luz de las normas del derecho internacional humanitario que serán utilizadas como parte de interpretación en tanto *lex specialis*.⁴¹

³⁹ Corte I.D.H. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 209.

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrs. 32-34.

⁴¹ CIDH, Informe No. 11/05 (Admisibilidad), Petición 708/03, *Gregoria Herminia, Serapio Cristián y Julia Inés Contreras*, El Salvador, 23 de febrero de 2005, Párr. 20.

121. Por su complementariedad y el hecho de que ambas normativas se basan en los mismos principios y valores, el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH pueden influirse y reforzarse mutuamente, siguiendo como método de interpretación el consagrado en el artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que establece que al interpretar una norma debe considerarse “toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.⁴² De lo anterior se desprende que el derecho internacional de los derechos humanos puede ser interpretado a la luz del DIH y éste último a su vez, puede ser interpretado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, de resultar requerido.

122. De esta manera, aunque la *lex specialis* respecto a hechos que tienen lugar en el contexto de un conflicto armado es el DIH, ello no significa que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique. Al contrario, lo que significa es que al aplicar el derecho de los derechos humanos, en este caso la Convención Americana, se recurre al DIH para efectos de interpretación como normativa específica que rige en un conflicto armado.⁴³

123. La Comisión Interamericana está obligada por su Estatuto a examinar las denuncias que alegan la violación de un derecho protegido en el marco de la Convención o Declaración Americanas. El hecho de que la resolución de tal denuncia pueda requerir referencia a otro tratado no impide la jurisdicción, y la Corte Interamericana ha respaldado la práctica de la Comisión de invocar “otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos” en sus resoluciones e informes⁴⁴. Si la Comisión declinara ejercer jurisdicción en tal caso, arriesgaría dejar sin protección ciertos derechos fundamentales, en contravención con el mandato que se le ha encomendado⁴⁵.

⁴² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 31.3 (c).

⁴³ CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr.42. Ver también CIJ, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, CIJ, Informes 1996, párrafo 25.

⁴⁴ Corte I.D.H., “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 43.

⁴⁵ CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr. 43.

124. Esta aproximación de la Comisión y de la Corte Interamericanas es consistente con el derecho internacional general. Como lo expresa la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el muro:

Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.⁴⁶

125. En el presente caso, el Estado peticionario alega la presunta ejecución extrajudicial de un ciudadano ecuatoriano por agentes del Estado Colombiano, en el contexto de un operativo militar en territorio de Ecuador. Por lo tanto, las normas del DIH pueden ser relevantes, dependiendo de las circunstancias establecidas, para definir si la alegada privación de la vida de Franklin Guillermo Aisalla Molina fue “arbitraria” o no de acuerdo con el artículo 4.1 de la Convención.

126. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión tiene competencia *ratione materiae*, porque en la comunicación interestatal se alegan violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

⁴⁶ CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, 9 de Julio de 2004, párr. 106. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf

D. Otros requisitos de admisibilidad de la comunicación interestatal

1. Caracterización de los hechos alegados

127. Corresponde a la Comisión Interamericana determinar si los hechos descritos en la comunicación interestatal caracterizan violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana, conforme a los requerimientos del artículo 47.b, o si la petición, conforme al artículo 47.c, debe ser rechazada por ser “manifiestamente infundada” o por resultar “evidente su total improcedencia”. En esta etapa procesal corresponde a la CIDH hacer una evaluación *prima facie*, no con el objeto de establecer presuntas violaciones a la Convención Americana, sino para examinar si la petición denuncia hechos que potencialmente podrían configurar violaciones a derechos garantizados en la Convención Americana. Este examen no implica prejuzgamiento ni anticipo de la opinión sobre el fondo del asunto.

128. En ese sentido, la Comisión Interamericana observa que, en caso de ser probados los alegatos del Estado de Ecuador en relación a la supuesta privación arbitraria de la vida del Sr. Franklin Guillermo Aisalla Molina por miembros de las fuerzas armadas de Colombia, dicho hecho podría caracterizar violaciones al artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, podría caracterizar una violación al derecho a la integridad personal de los familiares de la presunta víctima en razón al sufrimiento causado por su muerte y las circunstancias en que ésta habría tenido lugar. Por otra parte, de ser probado que la alegada ejecución extrajudicial permanece en la impunidad en virtud de la ausencia de una investigación eficaz y tomando en cuenta el supuesto sufrimiento que habría causado la alegada denegación de justicia a los familiares directos de la presunta víctima, la CIDH considera que podría caracterizarse una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Teresa Molina, Guillermo Aisalla y Marco Molina, así como de los demás familiares de la presunta víctima que puedan ser identificados en la etapa de fondo. La CIDH considera admisibles todos los artículos de la Convención Americana mencionados anteriormente en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

129. A partir de este análisis de la comunicación interestatal, la Comisión considera que las alegaciones del Estado de Ecuador no están comprendidas en las hipótesis de los incisos (b) y (c) del artículo 47 de la Convención Americana y por lo tanto, satisface estos requisitos de admisibilidad exigidos por la Convención.

2. Duplicidad de procedimientos y cosa juzgada

130. La Comisión entiende que la materia de la comunicación interestatal no está pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, ni reproduce una petición o comunicación ya examinada por este u otro organismo internacional. Por lo tanto, los requisitos establecidos en los artículos 46.1.c y 47.d de la Convención se encuentran satisfechos.

3. Agotamiento de los recursos internos

131. El artículo 46.1.a de la Convención Americana dispone que, para que sea admisible una comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con el artículo 45 de la Convención, es necesario que se hayan intentado y agotado los recursos internos conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Este requisito tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales conozcan sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, la solucionen antes de que sea conocida por una instancia internacional. Es preciso aclarar que la regla del agotamiento de los recursos internos se aplica en principio tanto a comunicaciones entre Estados como a peticiones individuales.⁴⁷

132. El requisito de agotamiento previo se aplica cuando en el sistema nacional están efectivamente disponibles recursos que son adecuados y eficaces para remediar la presunta violación. En este sentido, el artículo 46.2 especifica que el requisito no se aplica cuando no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho en cuestión; o si la presunta víctima no tuvo

⁴⁷ CIDH, Informe No. 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua c. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007, párr. 231.

acceso a los recursos de la jurisdicción interna; o si hay retardo injustificado en la decisión sobre dichos recursos. Según lo establecido por el artículo 31 del Reglamento de la Comisión, cuando el peticionario alega una de estas excepciones, corresponde al Estado demandado demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente.

Alegaciones de las partes en relación con el requisito de agotamiento de los recursos internos:

133. Corresponde a la CIDH analizar, en primera instancia, las alegaciones de las partes en relación con el agotamiento de los recursos internos. Según el Estado de Ecuador, en el presente caso, al tratarse de una violación al derecho a la vida, era deber del Estado de Colombia iniciar de oficio la investigación penal para establecer las circunstancias en las que falleció el Sr. Franklin Guillermo Aisalla Molina, así como las responsabilidades de la misma.

134. Agrega que de acuerdo a lo descrito en el certificado de defunción y el registro civil expedidos por autoridades colombianas, Colombia “asumió y declaró que la muerte de Franklin Aisalla Molina, ocurrió en territorio colombiano”.⁴⁸ Asimismo, sostiene que era responsabilidad del Estado colombiano impulsar las investigaciones ya que se trataba de un hecho que atentaba contra la vida y por lo tanto, era perseguible de oficio. Alega el Estado ecuatoriano que si Colombia señaló en registros oficiales que la muerte del Sr. Aisalla ocurrió en territorio colombiano, su deber era impulsar el proceso penal hasta las últimas consecuencias, como parte de su deber de preservar el orden público.

135. El Estado de Ecuador alega en su petición interestatal que, según información proporcionada por la Fiscalía General de la Nación de Colombia el 4 de diciembre de 2008, a la fecha de tal comunicación no se habían iniciado investigaciones respecto a la muerte de la presunta víctima por haber ocurrido los hechos en territorio

⁴⁸ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra de Colombia recibida el 11 de junio de 2009, página 56.

ecuatoriano.⁴⁹ Asimismo, sostiene que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar colombiana informó el 1 de diciembre de 2008 que no existía ninguna investigación en el fuero militar por estos hechos. Agrega que por su parte, la Procuraduría General de la Nación habría informado en fechas 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2008, que en esa instancia no se adelantaba ningún proceso de carácter disciplinario.⁵⁰

136. Además, señala el Estado ecuatoriano en su denuncia que el 17 de marzo de 2008, por orden del Ministro Fiscal General del Estado, fue remitida una solicitud de asistencia penal internacional a Colombia para que informara y remitiera toda la documentación referente al ataque realizado por las fuerzas armadas de dicho país al campamento de las FARC el 1 de marzo de 2008, incluyendo “la nómina de oficiales y demás personal que participó en dicha operación militar, así como la persona que lo comandó”.⁵¹ De acuerdo al Estado peticionario, dicha solicitud de asistencia penal internacional se habría reiterado en varias ocasiones sin que las autoridades colombianas hayan dado respuesta a los requerimientos formulados, por lo que considera que éstas han obstruido la acción de la justicia en Ecuador pues no habrían permitido ni posibilitado “la individualización e identificación del personal que actuó como autor material o intelectual de la ejecución extrajudicial; de Franklin Guillermo Aisalla Molina”.⁵²

137. Posteriormente, a raíz de las observaciones presentadas por el Estado de Colombia a la petición Interestatal, según las cuales se habría iniciado una investigación de oficio por los hechos ocurridos el 1 de marzo de 2008, el Estado ecuatoriano afirmó que la denuncia interestatal se presentó con base en que 9 meses después de ocurrida la muerte del Sr. Aisalla Molina, las autoridades

⁴⁹ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra de Colombia recibida el 11 de junio de 2009, página 57.

⁵⁰ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra de Colombia recibida el 11 de junio de 2009, página 58.

⁵¹ Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra de Colombia recibida el 11 de junio de 2009, página 60.

⁵² Comunicación interestatal presentada por el Estado de Ecuador en contra de Colombia recibida el 11 de junio de 2009, página 62.

colombianas habían afirmado que no existía investigación alguna por este hecho y que no fue sino hasta poco después de transmitida la denuncia interestatal al Estado de Colombia que la Fiscalía General de la Nación de dicho país emitió un comunicado informando que desde el 1 de marzo de 2008 se desarrollaba una indagación respecto al Sr. Aisalla Molina.⁵³

138. De acuerdo al Estado de Ecuador, la contradicción del Estado de Colombia respecto a la existencia de una investigación judicial por los hechos materia de la comunicación interestatal “tiene efectos en el ámbito internacional y contraviene los principios de derecho internacional público y de derecho internacional de los derechos humanos”⁵⁴. En este sentido, alega que esta doble postura modificó la situación jurídica de los familiares del Sr. Aisalla pues la inexistencia de la investigación era un fundamento fáctico y jurídico para reclamar ante el sistema interamericano. Asimismo, sostiene el Estado peticionario que mediante esta doble postura, el Estado de Colombia vulnera el principio de lealtad entre las partes que debe regir en todo proceso.

139. Afirma el Estado ecuatoriano que existe por parte de Colombia un retardo injustificado de dos años para realizar una investigación seria y efectiva, por lo cual se configura la excepción al agotamiento de recursos internos prevista en el artículo 46.2 (c) de la Convención Americana.⁵⁵

140. Por otra parte, alega el Estado de Ecuador que el Estado denunciado inició una investigación penal inefectiva y excluyente de las víctimas del presente caso y por ello no existe el debido proceso legal para la protección de los derechos conforme al artículo 46.2 (a) de la CADH. Al respecto, sostiene que se ha excluido en dos ocasiones a los familiares de la presunta víctima de participar en el

⁵³ Escrito presentado por el Estado de Ecuador el 19 de marzo de 2010 durante la audiencia celebrada en el marco del 138º período ordinario de sesiones de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición interestatal PI-2, páginas 56 y 57.

⁵⁴ Escrito presentado por el Estado de Ecuador el 19 de marzo de 2010 durante la audiencia celebrada en el marco del 138º período ordinario de sesiones de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición interestatal PI-2, página 57.

⁵⁵ Escrito presentado por el Estado de Ecuador el 19 de marzo de 2010 durante la audiencia celebrada en el marco del 138º período ordinario de sesiones de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición interestatal PI-2, página 59.

proceso penal seguido por los hechos denunciados en la presente petición: la primera vez, cuando en respuesta a la solicitud formulada por los padres del Sr. Aisalla ante la Fiscalía General de la Nación de Colombia el 12 de noviembre de 2008, este órgano informó que no existía investigación por la muerte de la presunta víctima y la segunda vez, cuando el 30 de julio de 2009 la Fiscalía colombiana se retractó y afirmó que sí se adelanta una indagación por la muerte del Sr. Aisalla Molina. Agrega Ecuador que hasta el momento los familiares del Sr. Aisalla no se han incluido en el proceso seguido en Colombia ni han sido informados al respecto.⁵⁶ Por último, afirma el Estado ecuatoriano que la ineficacia del proceso penal en Colombia es previsible en razón a las declaraciones públicas realizadas por altas autoridades de dicho país, así como con el manejo dado por las autoridades colombianas a la escena del crimen.⁵⁷

141. Por su parte, el Estado de Colombia afirma que la presente comunicación interestatal debe ser declarada inadmisibles por la Comisión pues los recursos internos ante la justicia colombiana no han sido agotados. Alega el Estado de Colombia que la Fiscalía General de la Nación de dicho país inició *ex officio* una investigación el mismo día de ocurridos los hechos de la localidad de Angostura, incluida la muerte del Sr. Franklin Aisalla. Asimismo, sostiene que la investigación penal que cursa por los hechos mencionados es un recurso judicial que permitirá esclarecer lo sucedido el 1 de marzo de 2008 y de ser el caso, sancionar a los responsables⁵⁸.

142. Agrega que la investigación penal es actualmente adelantada por la Fiscalía 20 de la Unidad Antiterrorismo de la Fiscalía General de la Nación, lo cual habría sido informado al Estado de Ecuador el 3 de abril de 2008⁵⁹. Asimismo, sostiene que el Estado de Ecuador

⁵⁶ Escrito presentado por el Estado de Ecuador el 19 de marzo de 2010 durante la audiencia celebrada en el marco del 138° período ordinario de sesiones de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición interestatal PI-2, página 63.

⁵⁷ Escrito presentado por el Estado de Ecuador el 19 de marzo de 2010 durante la audiencia celebrada en el marco del 138° período ordinario de sesiones de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición interestatal PI-2, páginas 64 a 69.

⁵⁸ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 36, párr. 74.

⁵⁹ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 43, párr. 92.

estuvo informado en todo momento de dicha investigación y que la muerte del Sr. Aisalla Molina estaba siendo investigada en el marco de dicho proceso, lo cual, de acuerdo al Estado colombiano, constaría en pronunciamientos de la propia Procuraduría General de Ecuador anteriores a la petición interpuesta ante la CIDH.⁶⁰

143. Colombia alega que desde un primer momento manifestó su desconcierto con el hecho de que Ecuador alegara en su petición la supuesta inexistencia de investigación penal en Colombia, pues en virtud de la asistencia judicial solicitada por Ecuador y prestada por el Estado colombiano, Ecuador tenía pleno conocimiento de la existencia de la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación de Colombia. Agrega el Estado colombiano que entre ambas naciones existió una relación de asistencia mutua en materia penal en cuyo marco Colombia habría cumplido a cabalidad con las solicitudes presentadas que se encontraban acordes con el Convenio de Asistencia Mutua en materia penal.⁶¹

144. En cuanto a las alegaciones de Ecuador sobre una supuesta doble postura del Estado de Colombia, sostiene este último que si bien es cierto que respecto al derecho de petición mediante el cual se solicitó información sobre la investigación la Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia informó inicialmente que no había registro de investigaciones que se hubiesen iniciado por el homicidio del Sr. Aisalla Molina, en comunicación posterior, esa misma entidad habría complementado su respuesta y aclarado que la investigación que se adelantaba está identificada bajo el nombre de Luís Edgar Devia Silva, alias “Raúl Reyes”, pero también indaga por la muerte del Sr. Aisalla Molina.⁶²

145. Asimismo, sostiene el Estado colombiano que el 3 de abril de 2008 le envió a Ecuador una carta rogatoria mediante la que le

⁶⁰ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párrs. 112 a 114.

⁶¹ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 115.

⁶² Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párrs. 116 y 117.

informó sobre la actuación penal que adelantaba la Fiscalía General de Colombia por los hechos ocurridos el 1 de marzo de 2008. Agrega Colombia que en dicha carta le solicitó a las autoridades judiciales de Ecuador prestar asistencia judicial penal mediante la autorización para la presencia del Fiscal encargado del caso y dos funcionarios de Policía Judicial, así como remitir al Estado de Colombia cierta información. Alega Colombia que el Estado de Ecuador no sólo respondió a la solicitud de Colombia, sino que permitió que el Fiscal encargado de la investigación de los hechos en Colombia y sus asistentes se desplazaran a ese país.⁶³

146. Alega el Estado de Colombia que aclarada la información, el Estado de Ecuador no puede afirmar que Colombia ha tenido una doble postura respecto a la existencia de una investigación penal ni pretender atribuirle consecuencias procesales a dicha supuesta doble postura. Asimismo, señala que “la contradicción que podría llamar la atención de la CIDH” es la de Ecuador al “reconocer la existencia de la investigación penal por medio de la referencia de documentos contenidos dentro del expediente investigativo, así como su participación en los canales de cooperación judicial y luego desconocer su existencia sobre la base de una supuesta prueba *extra proceso*, como es el documento de respuesta al derecho de petición”.⁶⁴

147. Respecto a las alegaciones de Ecuador sobre la ineficacia ostensible de la investigación penal que se adelanta en Colombia por los hechos del presente caso, sostiene el Estado de Colombia que las afirmaciones realizadas por autoridades colombianas y citadas por Ecuador en su denuncia interestatal, no afectan la investigación que por los hechos cursa la Fiscalía ni la independencia del poder público judicial de Colombia.⁶⁵ El Estado colombiano alega que ha demostrado el inicio oportuno de la investigación penal, así como la actuación diligente en el marco de la misma. Agrega que

⁶³ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 118.

⁶⁴ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 132.

⁶⁵ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párrs. 156 a 161 y 164.

para evaluar la razonabilidad del plazo en el que se ha desarrollado la investigación penal se debe considerar tres elementos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

148. Sostiene el Estado denunciado que la complejidad del presente asunto obedece a que la investigación penal se refiere a todos los hechos de la Operación “Fénix”, lo cual incluye a otras dos víctimas mortales, además del Sr. Franklin Aisalla Molina (el soldado colombiano Carlos Edison Hernández León y Luís Edgar Devia, alias “Raúl Reyes”), a una víctima herida (Andrés Escobar Buriticá), a dos víctimas indirectas (Ulvio Hernández Burbano, padre de Carlos Edison Hernández León y Guillermo Aisalla, padre de Franklin Guillermo Aisalla), así como a otras víctimas directas aún por identificar y para lo cual se ha solicitado colaboración judicial a las autoridades ecuatorianas que hicieron la inspección de los 19 cadáveres de personas fallecidas en los hechos⁶⁶.

149. Además, alega el Estado colombiano que la complejidad de la investigación resulta también de la necesidad de incluir el análisis de si hubo o no exceso en el uso de la fuerza, de si se trató de un objetivo militar o no y de la determinación de responsabilidad de algunas de las víctimas en conductas que atentan contra la seguridad pública, a través del estudio del disco duro del computador y de otros elementos recolectados en el lugar de los hechos⁶⁷. Asimismo, el Estado colombiano alega la imposibilidad de las autoridades judiciales colombianas para adelantar la recolección de material probatorio en el lugar de los hechos y la escasa colaboración de Ecuador y sostiene que ello ha hecho que la investigación se torne aun más compleja.⁶⁸

150. Por último, afirma que se ha demostrado que la investigación sobre los hechos denunciados en la comunicación interestatal se ha desarrollado en un plazo razonable y atendiendo sus especificida-

⁶⁶ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 40, párr. 84.

⁶⁷ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 40, párr. 85.

⁶⁸ Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009, Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal PI-2, pág. 41, párr. 86.

des⁶⁹ y que el hecho de que a la fecha no se tengan responsables individualizados no significa en modo alguno que la investigación adelantada por parte de las autoridades competentes no haya sido diligente.⁷⁰

151. Por lo anterior, concluye el Estado de Colombia que no es posible afirmar que se configura un retardo injustificado en la conducción de la investigación penal y alega que por lo tanto, no es aplicable la excepción a la falta de agotamiento de los recursos internos contemplada en el artículo 46.2.c de la Convención Americana.

Consideraciones de la Comisión en relación al agotamiento de los recursos internos.

152. La regla del previo agotamiento tiene como fin último el dar una oportunidad a las autoridades nacionales de conocer sobre la supuesta violación de un derecho protegido en la Convención y aplicar los mecanismos existentes en la jurisdicción interna para remediar la situación antes de que sea conocida por una instancia internacional.

153. Para analizar el cumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos, la Comisión debe determinar cuál es el recurso adecuado a agotarse según las circunstancias del caso, entendiendo por tal, aquél que pueda solucionar la situación jurídica infringida⁷¹ En los casos en los que se alegue una privación arbitraria del derecho a la vida, el recurso adecuado es la investigación y el proceso penal iniciado e impulsado de oficio por el Estado para identificar y sancionar a los responsables⁷².

⁶⁹ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párrs. 173 a 175.

⁷⁰ Comunicación del Estado de Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. No. 31461/1312 de fecha 10 de junio de 2010, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2010, párr. 178.

⁷¹ CIDH. Informe No. 23/07 de 9 de marzo de 2007, Petición 435-2006 *Eduardo José Landaeta Mejías y otros.*, párr. 43; CIDH Informe No. 51/08 de 24 de julio de 2008, petición 299-07 *Robert Ignacio Díaz Loreto y otros*, Venezuela, párr. 47.

⁷² CIDH, Informe No. 23/07, *Eduardo José Landaeta Mejías y otros*, Petición 435-2006, Admisibilidad, párr. 43, 9 de marzo de 2007; CIDH, Informe No. 15/06, *Maria Emilia González, Paula Micaela González y María Verónica Villar*. Petición 618-01, Admisibilidad, párr. 34, 2 de marzo de 2006; CIDH, Informe No.

154. Con relación al alegado retardo injustificado, la CIDH analiza las circunstancias particulares en cada caso para determinar si se ha producido una demora indebida. Como regla general, la Comisión determina que “una investigación penal debe realizarse con prontitud para proteger los intereses de las víctimas y preservar la prueba”⁷³. Para establecer si una investigación ha sido realizada “con prontitud”, la Comisión considera una serie de factores, tales como el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, si la investigación ha pasado de la etapa preliminar, las medidas que han adoptado las autoridades y la complejidad del caso⁷⁴.

155. El Estado de Colombia ha alegado la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos desde su primera comunicación a la Comisión, justificando su procedencia en que inició la investigación penal correspondiente y que ésta ha avanzado en la medida de lo posible, dada la complejidad de los hechos.

156. Corresponde señalar que en el caso bajo análisis, dado que se alega la presunta privación arbitraria de la vida de una persona, Franklin Guillermo Aisalla Molina, el recurso adecuado a nivel interno es la investigación y el proceso penal, investigación que según lo alegado por el Estado colombiano y la información que consta en el expediente, ha sido iniciada bajo el radicado No. 865686107570200880264. Sin embargo, observa la Comisión que el Estado de Colombia no proporciona ninguna información actualizada sobre el avance de dicha investigación que permita concluir que las autoridades judiciales están actuando de forma diligente. En sus argumentos sobre diligencias realizadas, el Estado denunciado se limita a señalar las distintas solicitudes de asistencia penal internacional elevadas a las autoridades ecuatorianas, sin describir las actuaciones que a nivel interno está realizando con el fin de

52/97, Caso 11.218, Arges Sequeira Mangas, *Informe Anual 1997*, párrs. 96 y 97. Ver también Informe No. 55/97, párr. 392, Informe No. 55/04 párr. 25 e Informe No. 51/08 párr. 47.

⁷³ CIDH, Informe No. 16/02, *Servellón García* (Honduras), Petición 12.331, Admisibilidad, párr. 31 (27 de febrero de 2002). Ver también CIDH Informe No. 51/08 de 24 de julio de 2008, petición 299-07 *Robert Ignacio Díaz Loreto y otros*, Venezuela, párr. 48.

⁷⁴ CIDH. Informe No. 51/08, Admisibilidad, petición 299-07 *Robert Ignacio Díaz Loreto y otros*, Venezuela, 24 de julio de 2008, párr. 48.

determinar las circunstancias de los hechos y los posibles responsables a más de dos años y medio de ocurridos los hechos.

157. Cuando un Estado alega la complejidad de un hecho como elemento a tener en cuenta al momento de determinar la existencia o no de un retardo injustificado y de evaluar si las autoridades han actuado con diligencia en las investigaciones, debe explicar concretamente de qué manera la complejidad y las demás dificultades han generado el retraso⁷⁵.

158. Considerando que para decidir sobre el agotamiento de los recursos internos, la Comisión no tomará en cuenta el estado de los procesos internos al momento en que recibió la petición, sino al momento de emitir su Informe y que a lo largo del trámite de la comunicación interestatal ante la Comisión, se ha recibido información muy limitada en relación con el trámite judicial interno del caso relacionado con esta comunicación, la Comisión considera que el Estado de Colombia faltó a la carga de la prueba que le corresponde sobre la efectividad de los recursos internos cuando el peticionario alega alguna de las excepciones del artículo 46.2 de la Convención Americana⁷⁶.

159. Por otra parte, en la etapa de fondo la Comisión analizará en detalle si en el transcurso de la investigación penal por los hechos objeto de la presente denuncia, el Estado colombiano ha provisto un recurso efectivo con las debidas garantías a los familiares de la presunta víctima.

160. La Comisión considera que los anteriores elementos son suficientes para concluir que, en relación a los hechos que rodearon la muerte de Franklin Guillermo Aisalla Molina, se ha configurado un retardo injustificado en la investigación penal. En consecuencia, el Estado de Ecuador se encuentra eximido del requisito de agotamiento de los recursos internos en virtud del artículo 46.2.c de la Convención Americana.

⁷⁵ CIDH. Informe No. 65/09, Admisibilidad, petición 616-06, *Juan Carlos Flores Bedregal*, Bolivia, 4 de agosto de 2009, párr. 54.

⁷⁶ CIDH. Informe No. 50/08, petición 298-07, *Néstor José Uzcátegui y otros*, Venezuela, 24 de julio de 2008, párr. 46.

4. Plazo de presentación

161. Conforme a lo dispuesto en el artículo 46.1.b de la Convención, para que una petición o comunicación pueda ser admitida, debe presentarse dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que la parte denunciante fue notificada de la decisión definitiva dictada a nivel nacional. La norma de los seis meses garantiza certidumbre y estabilidad jurídica una vez que una decisión ha sido adoptada.

162. El artículo 46.1.b de la Convención establece que para que la petición pueda ser declarada admisible, es necesario que se haya presentado dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el interesado fue notificado de la decisión final que agotó la jurisdicción interna. Esta regla no tiene aplicación cuando la Comisión encuentra que se ha configurado alguna de las excepciones al agotamiento de los recursos internos consagradas en el artículo 46.2 de la Convención. En tales casos, la Comisión debe determinar si la petición fue presentada en un tiempo razonable de conformidad con el artículo 32 de su Reglamento.

163. En las las circunstancias del presente caso, la CIDH se pronunció *supra* sobre la aplicabilidad a estos hechos de una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, por lo que corresponde determinar si la petición fue presentada dentro de un plazo razonable. Al respecto, la Comisión Interamericana observa que, en principio, es en el momento de la aprobación del informe sobre la admisibilidad cuando se debe constatar si están reunidos los requisitos que corresponden a tal etapa. Por tanto, teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso, particularmente la fecha de la muerte de la presunta víctima y el trámite de la investigación penal, la Comisión Interamericana concluye que la petición fue presentada dentro de un plazo razonable y tiene por cumplido el requisito del artículo 32.2 del Reglamento de la CIDH.

V. CONCLUSIONES

164. Con fundamento en el análisis que precede, la Comisión concluye que es competente para examinar los reclamos presen-

tados por el Estado de Ecuador en contra del Estado de Colombia sobre la presunta violación de los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento y que dichos reclamos son admisibles, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 45, 46 y 47 de la Convención Americana.

165. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos y sin que ello signifique prejuzgar sobre el fondo del asunto,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE

DERECHOS HUMANOS,

DECIDE:

1. Declarar admisible la presente petición conforme al artículo 46.a de la Convención.
2. Notificar esta decisión a las partes.
3. Publicar el presente informe en su Informe Anual.

El derecho a la vida, los derechos fundamentales de las mujeres y el aborto

Corte Constitucional

Sentencia C-355/06

Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y

Clara Inés Vargas Hernández

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006)

[...] VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

[...] 3. *El asunto objeto de estudio.*

Los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porrás Santillana solicitan, en distintas demandas, la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).

En primer lugar, los actores sostienen que sus demandas son procedentes pues no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada formal ni material respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. Luego esgrimen sus argumentos en contra de las disposiciones acusadas, los cuales fueron consignados de manera extensa en los acápites precedentes de la presente decisión, sin embargo, con el objeto de fijar los términos del debate constitucional planteado se hará una breve referencia a ellos, al igual que las posturas de los intervinientes y al concepto del Procurador.

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *“y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”*.

Numerosas intervenciones fueron presentadas tanto como para apoyar como para rechazar los cargos planteados por los demandantes. Los intervinientes contrarios a la exequibilidad de las disposiciones demandadas aducen razones muy similares a las de los demandantes, mientras que aquellos que apoyan la exequibilidad de los preceptos acusados afirman, por regla general, que las disposiciones penales acusadas tienen como finalidad la protección

del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. Muchos de los que apoyan la exequibilidad de las disposiciones acusadas sostienen también que corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración en materia penal, establecer tipos penales para la protección de los derechos fundamentales, papel que en el ordenamiento jurídico colombiano cumplen los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal. Adicionalmente, la mayoría de los intervinientes partidarios de la constitucionalidad de los artículos acusados coincide en afirmar que los derechos constitucionales de la mujer gestante no son absolutos y encuentran un límite legítimo en el derecho a la vida del feto. Finalmente, algunos de los intervinientes sostienen que se produjo el fenómeno de cosa juzgada material y formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y que la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002.

Por otra parte los representantes de algunas entidades estatales^{1,2} y de asociaciones científicas³, intervienen para poner de manifiesto la relevancia del aborto inducido como un grave problema de salud pública en Colombia, el cual afecta en mayor medida a las adolescentes, a las mujeres desplazadas por el conflicto armado y a aquellas con menor nivel de educación y con menores ingresos, pues debido a la sanción penal, el aborto debe practicarse en condiciones sanitarias inseguras que ponen en grave riesgo la salud, la vida y la integridad personal de quienes se someten a esta práctica.

El Ministerio Público, comparte la apreciación de los demandantes que no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada material ni formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y la declaratoria de inexecuibilidad del artí-

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² En este sentido las intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y del Ministerio de la Protección Social.

³ Ver la intervención de la Academia Nacional de Medicina.

culo 124 y de la expresión "*o en mujer menor de catorce años*" contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000. A juicio del Procurador la interrupción voluntaria del embarazo no debe ser penalizada en las siguientes circunstancias: i) cuando la concepción no haya sido consentida por la mujer, ii) si se trata de embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, iii) cuando un dictamen médico certifique la existencia de enfermedades o disfuncionalidades que hagan el feto inviable. Luego de hacer un extenso recuento del alcance de la dignidad humana en la Carta Política de 1991 y del alcance del derecho a la vida y del derecho a la libertad a la luz de este principio, valor y derecho fundamental, concluye el Ministerio Público que la penalización del aborto en las circunstancias antes mencionadas constituye una sanción irracional y desproporcionada a la mujer que decide interrumpir la gestación, la cual constituye una injerencia en sus derechos fundamentales y un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia penal. En esa medida concluye que es necesario despenalizar el aborto en las hipótesis antes mencionadas. Afirma que las causales de atenuación e incluso de exclusión de la sanción penal previstas en el artículo 124 acusado son inexecutable porque en los supuestos previstos por esta disposición no es útil ni proporcionado ni necesario sancionar a la mujer que aborta. Finalmente sostiene el Procurador que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 123 del Código Penal no es una medida que esté encaminada a proteger el interés superior de la menor y que además limita de manera desproporcionada la autonomía de las menores de catorce años, razones que deben conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión "*o en mujer menor de catorce años*" contenida en esta disposición.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional, corresponde a esta Corporación examinar previamente la procedibilidad de la demandas presentadas, pues tanto los actores, como algunos intervinientes y el Ministerio Público plantean la posibilidad de la configuración del fenómeno de cosa juzgada material y formal frente a decisiones previas de esta Corporación, específicamente respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002.

[...] 5. *La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida.*

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constituciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida⁴; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial⁵ y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos⁶.

El constitucionalismo colombiano no es ajeno a la anterior evolución, y salvo algunas excepciones, como la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que consagra de manera expresa la “inviolabilidad de la vida humana”, los ordenamientos constitucionales nacionales por regla general no hacían mención expresa de la vida ni como derecho ni como valor constitucional. La Constitución Política de 1886, a partir de la reforma introducida en el Acto Legislativo 3 de 1910, se limitaba a prohibir la pena de muerte y a consagrar que las autoridades públicas estaban instituidas para proteger la vida de los ciudadanos. La Carta de 1991, constituye en esta materia –como en tantas otras- un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo.

⁴ El derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, sin embargo no aparece en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos, ni tampoco en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁵ No sobra advertir que este fenómeno obedece en gran medida a los excesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, prueba de ello es que La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo segundo, es uno de los primeros ordenamientos en elevar a rango constitucional este derecho.

⁶ En el año de 1948 se consagra de manera solemne el derecho a la vida tanto en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de la ONU –artículo tercero-, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo primero-.

Así, el Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo segundo señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo once consigna que “*el derecho a la vida es inviolable*”, amén de otras referencias constitucionales⁷. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional:

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida”. Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida⁸.

⁷ Así, por ejemplo, el artículo 44 establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercera edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riesgo la vida de las personas;

⁸ Sentencia C-239 de 1997.

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico⁹. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación¹⁰.

⁹ La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II.

¹⁰ En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado el especial deber de protección a cargo de las autoridades estatales de la vida de sujetos especialmente vulnerables por su situación de riesgo por causa del conflicto armado. Ha sostenido reiteradamente la Corte que las personas cuya vida se encuentra seriamente amenazada y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, deben recibir protección estatal, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de responsabilidad administrativa. Esta regla se ha aplicado, entre otros, a los miembros de partidos políticos que por su programa son objeto de actos violentos (Sentencia T-439 de 1992); igualmente en el caso de los docentes amenazados por el ejercicio de su profesión (Sentencia T-028 de 2000), defensores de derechos humanos (T-590 de 1998) y los trabajadores de la salud que han sido amenazados en razón de las actividades que desempeñan (T-120 de 1997). Estos casos dieron lugar a la creación jurisprudencial del derecho a la seguridad personal, el cual es definido grosso modo *como el derecho que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal* (T-719 de 2004). Una constante en todos los anteriores casos ha sido la orden impartidas a distintas autoridades para que adopten las medidas necesarias para proteger la vida de las personas cuya vida y integridad se encuentran amenazadas.. La Corte también ha verificado la existencia, en cabeza de las autoridades de un

En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. Se trata por lo tanto de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida; otro carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado colombiano¹¹.

deber de especial protección de la vida y de la seguridad personal de quienes se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado colombiano como las personas reclusas en establecimientos carcelarios; pero también ha establecido esta Corte que se encuentran en la misma situación los soldados que están prestando el servicio militar obligatorio, quienes se encuentran reclusos en hospitales públicos, y los menores de edad que están estudiando en escuelas públicas. También la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber estatal de protección de la vida de personas afectadas por desastres naturales y ha interpretado las disposiciones legales que regulan la materia en el sentido que corresponde a las autoridades municipales desalojar a las personas afectadas y en riesgo, lo que implica proveerlas de un alojamiento temporal, e igualmente tomar medidas oportunas para eliminar definitivamente el riesgo. Sobre este extremo ha sostenido la Corte Constitucional que: *“La administración pública no puede omitir la adopción de medidas inmediatas para evitar el riesgo sobre vidas humanas ni dejar indefinidos los derechos de las personas desalojadas, sin comprometer con ello su responsabilidad”*, por lo tanto *“I a mera recomendación de desalojo, en caso de riesgo comprobado a la vida y a la integridad con ocasión de la amenaza de derrumbe o del deslizamiento de tierra, es insuficiente para el cumplimiento del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia”* (T-1094 de 20002).

¹¹ Así, la Corte Constitucional ha sostenido que al Legislador le está vedado adoptar mandatos legales que impidan a los particulares proteger su propia

Por otra parte, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

Sobre el punto por ejemplo, para el delito de genocidio, el legislador consideró una pena mayor que para el de homicidio¹², en razón

vida o la de terceros, en aras del interés general, mediante la sanción penal de ciertas conductas. Por ejemplo, en la sentencia C-542 se examinaron diversas disposiciones de la Ley 40 de 1993 que penalizaban el pago de secuestros las cuales fueron declaradas inexecutable por vulnerar el deber de protección de la vida. Adujo en aquella ocasión el intérprete constitucional:

En principio, y por definición, la protección de la persona es un deber de las autoridades, la justificación de su existencia. El individuo tiene el derecho a exigir que ese deber se cumpla.

Pero cuando la violencia generalizada, el uso de la fuerza contra el derecho, rebasa la capacidad de las autoridades, el individuo, puesto por los criminales en el riesgo inminente de perder la vida, y habiendo perdido ya, así sea temporalmente, su libertad, tiene el derecho a defenderse: hace uso de los medios a su alcance para proteger su vida y recobrar su libertad, ante la omisión de las autoridades, cualquiera que sea la causa de esa omisión.

Nuestra legislación penal, siguiendo principios universalmente acatados, reconoce entre las causales de justificación del hecho punible, el legítimo ejercicio de un derecho, y el estado de necesidad, a más de otras.

Pues bien: ¿cómo negar que obra en legítimo ejercicio de un derecho, quien emplea sus bienes en la defensa de la vida o de la libertad, propias o ajenas? ¿Habrá, acaso, un destino más noble para el dinero que la salvación de la vida o de la libertad propias, o de un semejante unido por los lazos de la sangre o del afecto? Y más altruista aún la acción de quien sacrifica sus bienes para salvar la vida y la libertad del extraño.

Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación.

Pero, antes de hacerlo, forzoso es decir que esta última causal de justificación no existe por un capricho del legislador, sino por el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y en la de sus semejantes (negrillas originales).

¹² Código Penal, art. 101. Genocidio[...].incurrirá en prisión de treinta (30) a cua-

a los bienes jurídicos que cada uno de estos en particular protege. Además, respecto de este tipo penal, cabe recordar, que el legislador había considerado para el actor “[...]que actúe dentro del marco de la ley[...]”, expresión que la Corte declaró inexecutable en sentencia C-177 de 2001¹³, entre otros, con los siguientes fundamentos:

“A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inacceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.

Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º. de la Carta Política, conforme al cual “los derechos inalienables de las personas,” en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen “sin discriminación alguna.”

Por ello, en concepto de esta Corte, la condición de actuar dentro del margen de la Ley, a la que la frase acusada del artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, pretende supeditar la protección conferida a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos, resulta abiertamente contraria a principios y valores constitucionalmente protegidos pues, por más loable que pudiese ser la finalidad de respaldar la acción de la Fuerza Pública cuando combate los grupos políticos alzados en armas, en que, al parecer pretendió inspirarse, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho ese objetivo no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho incondicional a exigir de parte de las autoridades, del Estado y de todos los coasociados el

renta (40) años[...]. Art.103. Homicidio[...]incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años[...].

¹³ M.P. Fabio Morón Díaz.

respeto por la vida e integridad de todos los grupos humanos en condiciones de irrestricta igualdad y su derecho a existir.

Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.”.

De otro lado, el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad¹⁴, como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad¹⁵. También ha tipificado delitos como la muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio.

Al respecto de los tipos penales mencionados, la Corte en sentencia C-013 de 1997, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra tales disposiciones, por cuanto en criterio del demandante esas conductas se sancionan con penas “*irrisorias*”, las encontró ajustadas a la Constitución. En este caso, sin desconocer el deber de protección a la vida, también se valoraron las circunstancias especiales en que se encuentra la madre en tales casos. Al respecto dijo la Corte:

“También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la psicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.

El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca

¹⁴ Ley 599 de 2000, art. 32.

¹⁵ “ “ “ “ , art. 55.

una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.”

Ahora bien, dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión:

“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el *nasciturus*, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.”

A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en

el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Posteriormente, al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante sentencia C-013 de 1997, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del *nasciturus*, pero si utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión¹⁶.

En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación¹⁷, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohi-

¹⁶ Este extremo no es posible dilucidarlo ni siquiera acudiendo a argumentos originalistas o la interpretación de la voluntad del Constituyente porque precisamente de la lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que expresamente no se quiso dilucidar este problema y por lo tanto no fue concluyente.

¹⁷ Así por ejemplo el artículo 43 constitucional establece:

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (negrillas fuera del original).

bir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del nasciturus.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *ultima ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico¹⁸; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “[...]respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”¹⁹.

Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la

¹⁸ Ver la sentencia C-897 de 2005.

¹⁹ Sentencia C-205 de 2003.

trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Algunos intervinientes sostienen que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad, el nasciturus es titular del derecho a la vida y que por lo tanto, a la luz de estos instrumentos internacionales existe la obligación estatal de adoptar medidas de carácter legislativo que penalicen el aborto bajo cualquier circunstancia. Es decir, consideran que se desprende de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto.

Específicamente hacen alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación²⁰. También mencionan el Preámbulo de la Con-

²⁰ La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte en la sentencia C-191 de 1998 sostuvo que:

“ (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de

vención de los Derechos del Niño, que haría parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio²¹.

Al respecto, cabe señalar que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado por el primer numeral del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *“tanto antes como después del nacimiento”*, no obstante el artículo 1º de dicha Convención no establece claramente que el nasciturus sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1º señala que:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra.

²¹ Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados. Ver sentencia C-067 de 2003.

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención²².

Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia²³ y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho

²² De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

²³ Ley 12 de 1992.

a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el nasciturus, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carecer legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estado Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “*en general*” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es “*consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”. El segundo párrafo adiciona que “*los derechos esenciales del hombre*” merecen protección internacional precisamente porque “*no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”.

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos

por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.

Adicionalmente, esta Corporación también ha reiterado la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución. En la sentencia C-028 de 2006 sostuvo esta Corporación:

“La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.

En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.

Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.”

En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

Por otra parte, como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es ne-

cesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. Como se afirma en la misma sentencia C-028 de 2006:

“En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²⁴. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales²⁵” y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la

²⁴ La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, París, 2004.

²⁵ Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31.

*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*²⁶. " De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos."

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado.

Al respecto, es importante recordar lo expresado por la Corte en la sentencia C- 371 de 2000:

²⁶ Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

“ La situación histórica de la mujer en Colombia. Una breve reseña de los cambios normativos.

22- No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.

Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.

Poco a poco la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de una igualdad jurídica, se fue concretando en diversas normas que ayudaron a transformar ese estado de cosas. Así, por ejemplo, en materia política, en 1954 se les reconoció el derecho al sufragio, que pudo ser ejercido por primera vez en 1957. En materia de educación, mediante el Decreto 172 de 1933 se permitió a la población femenina acceder a la Universidad. En el ámbito civil, la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. El decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, y la de vivir con él y seguirle a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo, y las leyes 1ª. de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley. En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

A este propósito de reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer se sumo también el constituyente de 1991. Por primera vez, en nuestro ordenamiento superior se reconoció expresamente que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza.”

En efecto, a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación²⁷. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida

²⁷ Constitución Política, artículo 43

todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltado la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros²⁸.

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres *“a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”*.

²⁸ Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que *“los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”*, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”*. Este programa establece además, que *“la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”*. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de *“obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables”* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *“derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo”*.

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de

salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente²⁹.

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género.

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual.

Es así como la CEDAW ha declarado, que *“la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”*. La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995–, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas

²⁹ Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.

formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho

a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.

8. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas³⁰. En la sentencia C-420 de 2002 la Corte consideró:

³⁰ Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, C-916 de 2002, C-239 de 2002, C-205 de 2003, C-857 de 2005 entre otras.

“(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático³¹. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

³¹ Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: *“Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”*. Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.”.

También, en la sentencia C-939 de 2002 la Corte sostuvo sobre este punto:

“Restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado.

“5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”.

“En esta perspectiva, la Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

“5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

“5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios

internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

“5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad³² del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional...” (...)

“6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.”

En la misma sentencia C-939 de 2002, también la Corte precisó el poder punitivo del Estado durante los estados de excepción. Advertió, que si bien el legislador ordinario, dentro de su amplio margen de discrecionalidad puede utilizar la técnica que más convenga a la política criminal del estado, obviamente dentro de los límites que la Constitución le impone, en materia de conmoción interior -surgen como se dijo anteriormente- unas *limitaciones especiales, relacionadas con el bien jurídico que protege la legislación excepcional y la naturaleza del peligro para los mismos*. Al respecto expresó:

“8. Los estados de excepción son situaciones previstas y consentidas por la Constitución. En lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de

³² En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley. Como quiera que se trata de una situación anómala, y una afectación grave del principio democrático, la Carta impone una serie de condicionamientos y restricciones³³. De ellas, se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con la democracia³⁴.

Tales restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.”.

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, *como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas*³⁵.

³³ Sentencia C-556 de 1992.

³⁴ El artículo 9 de la Ley estatutaria de estados de excepción contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones, como se verá, no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias, es restrictiva.

³⁵ Sentencia C-205 de 2003.

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano³⁶ contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omite auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional³⁷. Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana”, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consa-

³⁶ Ley 599 de 2000

³⁷ Ver la sentencia T-881 de 2002 en la cual se hace un exhaustivo recuento de los alcances funcionales y normativos del concepto dignidad humana.

gración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución³⁸. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta³⁹, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales⁴⁰, fundamento⁴¹ y pilar ético del ordenamiento jurídico⁴². De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que *“la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas”*⁴³.

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia *“a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio*

³⁸ *“La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...”* sentencia T-401 de 1992.

³⁹ *“En la base axiológica de la Carta se encuentra en última instancia la dignidad de la persona en el marco de un Estado social de derecho”* sentencia T-301 de 1993. En el mismo sentido, en la sentencia T-123 de 1994, afirmó la Corte *“La Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros.”*

⁴⁰ Sentencia T-472 de 1996.

⁴¹ *“Se ordenó entonces retirar del ordenamiento esa expresión por considerar que ella es incompatible con el concepto de dignidad humana, cuyo respeto constituye el fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1º de la Constitución)”* sentencia C-045 de 1998.

⁴² *“En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento.”* Sentencia T-1430 de 2000.

⁴³ Sentencia T-881 de 2002.

*de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico*⁴⁴.

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)⁴⁵.

Por ser particularmente relevantes para el estudio del caso concreto, es menester detenerse en dos de los contenidos antes enunciados de la dignidad humana: como autonomía personal y como intangibilidad de bienes no patrimoniales. Al respecto ha señalado esta Corporación, al conocer de una tutela en la que, la empresa Electrocosta S.A. E.S.P., amparada en el artículo 140 de la ley 142 de 1994, y en virtud del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes celebrado con el INPEC, inició desde el mes de agosto de 2001, una serie de racionamientos diarios en el suministro de energía prestado a la Cárcel de Distrito Judicial de Cartagena, por espacio de 5 a 6 horas diarias:

“De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Cfr. sentencia T-881 de 2002.

del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.

Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.

El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos⁴⁶.

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad

⁴⁶ Idem.

moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Ahora bien, sobre todo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida– la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Igualmente, la dignidad humana fue uno de los argumentos para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, disposición que tipificaba el homicidio por piedad. Sobre la dignidad humana como límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal sostuvo en esta ocasión la Corte Constitucional:

“El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo 326 del Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.”

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991⁴⁷. Este

⁴⁷ Ver entre otras las sentencias C-221/94, C-309/97 y T-516/98. En esta última se afirma lo siguiente: “La constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1° y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas, decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal”. Aún más explícito en cuanto al referente axiológico del derecho, resulta el siguiente extracto de la sentencia T-67/97: “El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante

derecho es entendido entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado”⁴⁸. Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo– cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”⁴⁹.

Como ha afirmado la Corte Constitucional este derecho condensa la libertad *in nuce*, “porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”. Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos⁵⁰.

su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho ‘un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la constitución’ por cuanto el artículo 16 de la Carta ‘condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado’.

⁴⁸ Sentencia C-221/94.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ En ese orden de ideas, se afirma en la sentencia C-616/97: “de cierto modo, puede decirse que la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a ser como el colofón o la decisión complementaria que el constituyente adoptó como garantía de las libertades religiosa, de pensamiento y opinión y de conciencia”.

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no “opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta”⁵¹, y de “una cláusula general de libertad, similar a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13”,⁵² o también un “principio general de libertad”.⁵³

No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación.

La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería⁵⁴.

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer⁵⁵. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,⁵⁶ así como tampoco lo

⁵¹ Sentencia C-309/97.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Sentencia T-401/94.

⁵⁴ Definida también como “la decisión de optar entre el estado civil de casado, divorciado o separado y la escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente” Sentencia T-543-95. Se trata sin duda de la primera línea jurisprudencial en materia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sentada en la sentencia C-588 de 1992, y reiterada en numerosa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la contenida en las sentencias C-309/96, C-653/97, C-182/97, C-082/99, C-870/99, C-660/00, C-1440/00, C-029/06.

⁵⁵ Cfr. Sentencias T-420/92, T-79/94, T-292/94, T-211/95, T-442/95, T-145/96, T-290/96, T-590/96, T-393/97, T-667/97 T-656/98.

⁵⁶ Así en la Sentencia T-656/98 *v. gr.*, la Corte consideró abiertamente inconstitu-

es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

El derecho a la identidad personal,⁵⁷ del que se desprenden entre otros: (i) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad. La Corte entiende “jurídicamente” este derecho como “la facultad del individuo de proclamar su singularidad”⁵⁸; (ii) El

cional, y vulnerador del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, que el reglamento educativo de una institución de educación estableciera sanciones, aún leves, frente al ejercicio de la libertad de una mujer por la maternidad, aun cuando el hecho del embarazo fuese contrario a la filosofía de la institución educativa. En el mismo sentido las sentencias T- 1531/00, T-683/03, T-1011/01, T-688/05 y T-918/05.

⁵⁷ La Corte, con explícito apoyo doctrinal, ha entendido este derecho del siguiente modo: “El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad. Son todos estos ‘derechos naturales o propios de la persona humana, que revistan carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana’ (Bidart Campos, Germán, Teoría general de los derechos humanos) (Sentencia T-477/95).

⁵⁸ En la sentencia T-594/93 a propósito de la solicitud de una persona que deseaba cambiar su nombre masculino por uno femenino, afirmó: “(...) La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siem-

derecho a la libre opción sexual. La Corte ha afirmado en diversas sentencias que “la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...)”⁵⁹; (iii) el derecho a decidir sobre la apariencia personal, la Corte ha determinado que patrones estéticos no pueden ser impuestos por las instituciones educativas⁶⁰, ni tampoco por el Estado ni por otros particulares⁶¹. A manera de ejemplo, las decisiones sobre el atuendo o vestido, la longitud del cabello o el uso de cosméticos no pueden ser decididas por el establecimiento educativo⁶². Tampoco las entidades estatales pueden establecer normas reglamentarias discriminatorias del acceso a cargos y funciones públicas con base en patrones estéticos⁶³, ni los establecimientos de reclusión imponer reglamentos de visitas que coarten las decisiones sobre la apariencia personal⁶⁴.

Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo⁶⁵, y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca, según criterios de otros,

pre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (...) el nombre es una derivación integral (sic) del derecho a la expresión de la individualidad -a la que se ha hecho referencia-, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto”. La sentencia T-168/05 hace un completo recuento jurisprudencial en la materia.

⁵⁹ Sentencia C-481/98. Ver también Sentencias C-98/96, T-97/94, T-539/94. La doctrina de la Corte sobre el tema puede apreciarse, en forma sintética, en el siguiente extracto de la sentencia C-481/98: “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida”.

⁶⁰ Sentencia T-179/99.

⁶¹ Sentencia SU-641/98.

⁶² Sentencias T-65/93 y T-248/96.

⁶³ Ver sentencias T-030/04, T-717/05.

⁶⁴ Sentencia T-624/05.

⁶⁵ Sentencia T-493/93.

incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud.⁶⁶

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido en la sentencia C-309/97 se hicieron interesantes precisiones y se diferenció entre las medidas perfeccionistas y las medidas de protección, éstas últimas constitucionalmente legítimas cuya finalidad era preservar bienes constitucionalmente relevantes, como el derecho a la vida y a la salud. Sobre este extremo se consignó:

“En Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de

⁶⁶ Sentencia T-401/94. El siguiente extracto permite apreciar el criterio jurisprudencial: “¿En caso de disputa entre el médico y su paciente, debida al tipo de tratamiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada? Si se demuestra que la respuesta es negativa estaríamos en presencia de una violación, por parte del médico, de los derechos del paciente a la libertad y autonomía”.

darse sus propias normas. Por el contrario, las medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado⁷.

En todo caso, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

“Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista”.

La jurisprudencia reciente ha seguido fielmente los anteriores precedentes y ha declarado inexecutable disposiciones legales en materia disciplinaria y policiva que restringían desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶⁷. De lo que

⁶⁷ Así, la sentencia C-373/02 declaró inexecutable enunciados normativos de la Ley 588 de 2000 que establecían inhabilidades para concursar para el cargo de notario, lesivas al libre desarrollo de la personalidad. Igualmente en la sentencia C-098/03 se decidió retirar del ordenamiento por inconstitucionalidad distintas expresiones del artículo 48 del Decreto 196 de 1970 por contrariar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por esa misma razón fueron declarados inexecutable distintos enunciados de la Ley 35 de 1989. Finalmente, en la sentencia C-040 de 2006 se declaró la inexecutable de distintas disposiciones del Decreto-Ley 1136 de 1970 las cuales establecían que quien ejerza en lugar público o abierto al público la mendicidad, la drogadicción, el alcoholismo o se encuentre en estado de enfermedad mental perturbando la tranquilidad pública, será sometido a tratamiento médico en un asilo, clínica, hospital u otro establecimiento público adecuado para el efecto hasta obtener su curación o rehabilitación definitiva, siempre que carezca de medios propios de subsistencia y no tenga una persona obligada y capaz de prestárselos, en caso contrario, dicho tratamiento clínico se podrá adelantar en su propio domicilio o en un establecimiento privado a su costa. A juicio de la Corte dichas disposiciones al habilitar al Estado para imponer sanciones cuando no se sigue el modelo

se deduce el carácter de este derecho como un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general y especialmente en materia penal.

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad⁶⁸.

También ha considerado la Corte, que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como

de virtud y excelencia establecido por el legislador resultan contrarias al Texto Fundamental, pues manifiestan políticas perfeccionistas del ser humano, que desconocen los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y los principios constitucionales de autonomía personal y pluralismo democrático. El carácter coercitivo de tales medidas se expresa -en criterio de la Corte- en la posibilidad de privar la libertad personal al mendigo, drogadicto o alcohólico a través de su reclusión en un asilo, clínica u otro establecimiento hospitalario, por el sólo hecho de alterar la tranquilidad pública en uno de los citados estados de alteración física y psíquica.

⁶⁸ Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-300 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-484 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-576 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluír todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

En efecto, el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental, pues como lo ha considerado la Corte, *“La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.”*⁶⁹.

Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.

El derecho a la salud reproductiva ha sido considerado por esta Corporación. Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 1993, se concedió la tutela a una mujer embarazada detenida y a la cual no se le concede la detención hospitalaria aún cuando el parto era inminente. Consideró la Corte, además de los derechos del niño, que el trato especial que da la Constitución a la mujer embarazada (asistencia y protección durante el embarazo y después del parto) se sustenta en el derecho a la vida, la integridad personal, el respecto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la familia como institución básica de la sociedad.

Igualmente, al respecto de la recuperación de la función reproductiva como parte del derecho a salud de la mujer, entre otro caso, la Corte protegió a una mujer *“copiloto”*, que por razón a su oficio

⁶⁹ Ver sentencias T-248 de 1998, T-1019 y T-1090 de 2004

tuvo un parto prematuro y la muerte posterior del neonato; a los pocos días también le sobrevino una infertilidad secundaria. Ella requería un tratamiento para recuperar su fertilidad, el cual no fue costado por la empresa así como tampoco se le quiso reconocer la incapacidad cuando ella inicio el tratamiento por su cuenta aduciendo que era un estado provocado. Finalmente le fue cancelado su contrato de trabajo. La Corte consideró que en este caso hubo una violación del derecho fundamental a formar una familia, que incluye el derecho a decidir libremente el número e intervalo de hijos; además, que hubo una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación⁷⁰.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles y puede poner en peligro la dignidad personal⁷¹.

Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Adicionalmente, como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente

⁷⁰ Sentencia T-341 de 1994

⁷¹ Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T 099 de 1999 y T-722 de 2001.

con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la Corte Constitucional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales⁷².

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva. A continuación se hará una breve exposición del contenido de cada uno de estos derechos.

El derecho a planear la propia familia ha sido definido como *“la posibilidad de todas las parejas de individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta prerrogativa”*⁷³. Implica la obligación estatal de adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar información en materia planificación familiar y salud reproductiva⁷⁴.

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medi-

⁷² Entre las excepciones al consentimiento del paciente la Corte Constitucional ha contemplado los siguientes eventos: (i) cuando el estado mental del paciente o es normal, (ii) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, (iii) cuando el paciente menor de edad. Sin embargo, aún en estos supuestos debe intentarse conciliar el derecho del paciente a la autodeterminación con la protección a la salud. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-401 de 1994 y T-850 de 2002, entre muchas otras.

⁷³ *El derecho a la salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo, Serie DESC, Bogotá, D. C. 2003, p. 286.

⁷⁴ *Ibidem* p. 288.

da está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *“protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física”*⁷⁵.

Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales como el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual.

En conclusión, las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

⁷⁵ Idem. p. 289.

8.4. El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

El bloque de constitucionalidad constituye también un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, así lo reconoció expresamente esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

“Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia.”

Ahora bien, este límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal cobra especial relevancia en el caso en estudio, porque gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas giran en torno a la vulneración por parte de las disposiciones demandadas de diferentes tratados y disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁷⁶ consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Llontoy vs Perú*, Comunicación No.1153/2003.

Así mismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos⁷⁷, el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁸, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirman los demandantes que las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en esa medida las disposiciones legales que penalizan el aborto serían inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad.

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que *“En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva*

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁷⁸ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales⁷⁹. Postura reiterada en numerosas ocasiones⁸⁰, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991⁸¹, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminar de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,

⁷⁹ Sentencia C-010 de 2000.

⁸⁰ Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

⁸¹ En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Sobre este extremo resulta pertinente transcribir *in extenso* la sentencia C-070 de 1996⁸²:

“El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

“El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de

⁸² La sentencia versó sobre el artículo 372 del decreto 100 de 1980 – el Código Penal anterior –, que contemplaba las circunstancias genéricas de agravación de las sanciones para algunos delitos.

la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

“En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.“ (...)

“En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad - medidas civiles, administrativas, laborales -, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.

“Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacer-

se de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa (C-591 de 1993).”.

En el mismo sentido, sostuvo esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

Además, es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifiestamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a Ferrajoli “la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos”, y en consecuencia, “el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo”, es decir, nullum crimen sine necessitate⁸³.

En algunas situaciones, por el contrario, es manifiesto el deber que tiene el legislador de expedir leyes penales, de ejercer un deber de protección de los derechos humanos, como fue la tipificación del delito de genocidio o de la desaparición forzada de personas, que por lo demás responde al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, o incluso para hacer efectiva una norma constitucional, como es el caso del enriquecimiento ilícito, tal y como lo ha sostenido la Corte⁸⁴.

Pues bien, siendo la norma penal, al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales, dado que un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites a la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del ius puniendi está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal⁸⁵”.

⁸³ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladolid, 1997, p. 465.

⁸⁴ Sentencia C- 316 de 1996.

⁸⁵ Ver al respecto los siguientes fallos: C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución

1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001 y C-317 de 2002, entre otras.

de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

9. La cuestión del aborto en el derecho comparado

Sin pretender hacer una descripción de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, los jueces constitucionales también se han pronunciado sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales sometidas a control de constitucionalidad.

La regulación actual del aborto en los sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva. Al margen de las razones que ocasionaron un cambio tal magnitud, a finales de los años 90 la mayoría de los países de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia. En América Latina la legislación sobre el aborto también es bastante dispar, así mientras algunos países como Argentina⁸⁶,

⁸⁶ El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

Art. 86.- incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- 1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
 - 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.
- nota: texto originario conforme a la ley n 23077.

México⁸⁷, Bolivia⁸⁸, Cuba⁸⁹ establecen en su legislación penal eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños⁹⁰, otros países establecen una prohi-

⁸⁷ El Código Penal Federal mexicano establece:

Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334. No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del medico que la asista, oyendo este el dictamen de otro medico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

⁸⁸ El Código Penal de Bolivia prevé:

Artículo 266.- (aborto impune).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

⁸⁹ El Código Penal cubano dispone:

Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:

- a) se comete por lucro;
- b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
- c) se realiza por persona que no es médico.

⁹⁰ Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.

(i) Bahía

Artículo 279 de la Constitución:

“La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”

Artículo 282 de la Constitución

“El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, tra-

bajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”

(ii) Goiás

Artículo 153 de la Constitución

“Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquella cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y psicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y psicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”

(iii) Minas Gerais

Artículo 190 de la Constitución

“Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).

(iv) Pará

Artículo 270 de la Constitución

“(...) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).

(v) Río de Janeiro

Artículo 291 de la Constitución

“El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...).”

(vi) Sao Paulo

Artículo 224 de la Constitución

“Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.”

(vii) Tocantins

Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3º)

“Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.”

Artículo 152 de la Constitución

bición total del aborto entre los que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras donde la prohibición es absoluta.

Ahora bien, la intervención del legislador en esta materia no ha sido óbice para que el aborto haya sido una cuestión abordada por los tribunales constitucionales. A título meramente ilustrativo, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973, del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y del Tribunal Constitucional español de 1985, sin que con ello trate de hacer una descripción del derecho constitucional vigente en estos tres países ni de respectiva evolución jurisprudencial.

Aunque no ha sido la única oportunidad en la cual se ha pronunciado sobre el aborto, *Roe vs. Wade* constituye sin duda el caso más sonado abordado por la Corte Suprema de Justicia norteamericana sobre la materia. La controversia tuvo lugar a partir de la demanda interpuesta por una ciudadana que reclamaba su derecho a abortar y que por tanto alegaba la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el aborto en el estado de Texas. En esta ocasión la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció explícitamente el derecho de las mujeres embarazadas a abortar, derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado y de terceros en la esfera privada individual (Enmienda Catorce de la Constitución estadounidense).⁹¹

Sin embargo, la Corte reconoció a su vez que el Estado tiene un interés legítimo en la protección tanto de los derechos de la mujer, como de la potencialidad de la vida del que está por nacer. Como consecuencia de ello, afirmó que ninguno de dichos intereses puede ser desconocido, pero que, en cada etapa del embarazo de una mujer, los mismos adquieren una importancia y un peso distintos.

“El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y psicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).”

⁹¹ Al respecto véase, por ejemplo, Cass R. Sunstein. 1993. “Pornography, Abortion, Surrogacy”, *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, capítulo 9, pp. 257-290.

La Corte Suprema estadounidense distinguió los criterios relevantes para determinar la constitucionalidad de la reglamentación del aborto según el periodo de embarazo en el que se encuentre la mujer. Así, la Corte excluyó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer. Por último, pasado el periodo de viabilidad del embarazo, el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, por lo cual el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.

Por su parte, cabe resaltar dos sentencias sobre el aborto proferidas por el Tribunal Constitucional alemán. En la primera sentencia sobre el aborto (Sentencia 39, 1 de 1975) el Tribunal Constitucional alemán decidió que la sección 218A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses de embarazo sin que fuese necesario que la madre esgrimiera justificación alguna era inconstitucional. Sostuvo el juez constitucional en esa ocasión que la Constitución alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humanas como valores supremos e inviolables consagrados por la Ley Fundamental de Bonn. A la luz de éstos principios axiológicos existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal de implementar mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto. En esa medida, es posible e incluso deseable que el legislador imponga sanciones penales u otras igual de eficaces a éstas, tendientes a desincentivar una conducta reprochable como el aborto.

Ahora bien, a la vez que el Tribunal Constitucional alemán declaró enfáticamente la primacía del interés jurídico de protección del que está por nacer sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, admitió que su deber de continuar y llevar a buen término el embarazo existe salvo en aquellos casos en los que el mismo se torne en una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible. Ello sucede, según el Tribunal, en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica.

La segunda sentencia sobre el aborto de 1985, entre otros aspectos importantes, ahondó sobre los supuestos de inexigibilidad del deber de llevar a término el embarazo y sostuvo:

Esto no significa que las circunstancias excepcionales, admitidas con base en la Constitución y que derogan el deber de dar a luz al hijo, sólo se consideren en caso de un serio peligro para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud. Las circunstancias excepcionales son también pensables en otros casos. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el tribunal Constitucional es la inexigibilidad. Este criterio se encuentra por

lo tanto legitimado, porque la prohibición de la interrupción del embarazo, en vista del especial vínculo entre madre e hijo, no se agota en el deber legal de la mujer de no violar el perímetro legal del otro, sino que le asigna al mismo tiempo, un profundo deber existencial, de llevar a término el embarazo y dar a luz al hijo, así como el deber de cuidarlo y de educarlo, luego del nacimiento durante varios años. Desde la perspectiva de las obligaciones que se desprenden de esto, en las especiales circunstancias espirituales en la que se encuentra la que va a ser madre durante la fase temprana del embarazo, en casos especialmente difíciles, donde se pueden dar circunstancias en que se vea amenazada su vida, en las cuales la protección de la dignidad de la mujer embarazada, se puede hacer valer con tal perentoriedad, que en todo caso el ordenamiento legal estatal –haciendo caso omiso, por ejemplo, de concepciones fundadas moral o religiosamente- no pueda exigirle a la mujer que deba darle prevalencia, bajo cualquier circunstancia, al derecho a la vida del que está por nacer⁹².

Una postura similar adoptó el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53-1985, con ocasión del examen del texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Art. 417 bis del Código Penal. Se trataba nuevamente de una disposición legal que regulaba de una manera relativamente permisiva el aborto, la cual fue declarada parcialmente inexecutable porque no satisfacía el deber estatal de proteger la vida en gestación. Se trataba a juicio del Tribunal de un caso difícil en el cual diversas consideraciones de carácter ético, religioso y moral se contraponían. Sin embargo, consideró que a la luz de la Constitución española debían ser ponderados la protección de la vida en gestación con los derechos de la mujer embarazada, de manera tal que ninguno de los dos resultara anulado. En esa medida el Legislador estaba obligado a garantizar la vida del nasciturus pero también a establecer bajo cuales circunstancias la obligación de llevar a término el embarazo se convertía en una carga inexigible para la madre y en esa medida era inconstitucional.

⁹² Sentencia 88, 203.

Sostuvo el Tribunal Constitucional español:

12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

Se tiene, entonces, que cuando los tribunales constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cual de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

10. Examen del caso concreto.

10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto.

Corresponde a esta Corporación examinar la exequibilidad de las disposiciones que penalizan el aborto. Para tales efectos, se examinará en primer término la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, disposición que penaliza el aborto en todas las circunstancias, interpretado en sus alcances a la luz de los demás artículos acusados, es decir, los artículos 123 y 124, así como del artículo 32-7, en lo pertinente.

El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del nasciturus es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En

el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

Ahora bien, se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serian más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar

sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápite anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

En efecto, una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitu-

ción colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la

especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.

En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal⁹³.

Sobre la grave afectación de la dignidad humana y la autonomía de la mujer embarazada en estos casos cabe citar algunos apartes de la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001:

“Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subor-

⁹³ Código Penal, artículos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

dinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación⁹⁴.”

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado

⁹⁴ Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

esta Corporación⁹⁵. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Ahora bien, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.

No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos⁹⁶ y a ofrendar sus propios

⁹⁵ Ver sentencia C-404 de 1998

⁹⁶ Ver C-563 de 1995.

derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.

En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. Así, en la sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

“La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas “perfeccionistas”, esto es, “en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la

mujer, como el artículo 6 del PDCP⁹⁷, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁸, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁹⁹, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Algunos intervinientes sostienen que cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32-7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal. Al respecto, sin perjuicio de las consideraciones generales que posteriormente se harán sobre el punto, advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁹⁸ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a

tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana¹⁰⁰.

Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que

¹⁰⁰ Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e

incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexequibilidad del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

10.2. La inexequibilidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal.

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir

el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere claramente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico establezca medidas de especial protección para ciertos sujetos y específicamente para los menores de edad¹⁰¹. Como se hizo alusión en acápite anterior de esta decisión, tales medidas de protección se han encontrado justificadas especialmente cuando se trata de menores de edad porque éstos *“se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos”*¹⁰².

Medidas de protección que si bien están justificadas a la luz de la Constitución de 1991, en todo caso deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego. En el caso concreto se acusa a

¹⁰¹ Baste citar aquí la sentencia C-534 de 005 en la cual se sostuvo:

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. Así, resultan estrechamente relacionados los criterios con base en los cuales se define la medida de la protección jurídica de ciertos intereses de ciertas personas, con los criterios que subyacen a la asignación de cargas y beneficios en la sociedad (entendida pues, – se insiste la mencionada protección como un beneficio o prerrogativa, en el caso de los y las menores de edad). Esto es, con los criterios que informan el análisis del principio y el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Carta.

¹⁰² Sentencia C-309 de 1997.

la disposición demandada de establecer una presunción que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de catorce años, pues a juicio de los demandantes la menor podría prestar su consentimiento válido para que un tercero le practique un aborto.

Para resolver este cargo resulta relevante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento informado de los menores para la práctica de intervenciones médicas.

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona “en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla”¹⁰³, o, en otros términos, que “el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida”¹⁰⁴. En consecuencia, la Corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho¹⁰⁵, al igual que los incapaces y en

¹⁰³ Sentencia T-542/96.

¹⁰⁴ Sentencia C-344/93.

¹⁰⁵ Así por ejemplo en la C-344/93 la Corte avaló la constitucionalidad de las normas de Código Civil que exigen el permiso de los padres para que los menores de edad contraigan matrimonio. Sostuvo la Corte en esa oportunidad: “En cuanto al argumento relativo al libre desarrollo de la personalidad, debe decirse que carece de fundamento. Pues la exigencia del permiso de los padres para contraer matrimonio, en nada contraría el libre desarrollo de la personalidad. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo 16 de la Constitución advierte que este derecho está limitado por los derechos de los demás y por el orden jurídico. En este caso, ejercen los padres un derecho derivado de la autoridad que les es propia y que está expresamente consignado en la ley, es decir, en el orden jurídico”. En el mismo sentido en la C-309/97 sostuvo: “Esto explica por qué estas medidas coactivas de protección encuentran un mayor campo de aplicación en relación con los menores de edad, por cuanto éstos todavía no tienen la capacidad suficiente de discernir sus propios intereses en el largo plazo, por lo cual las otras medidas alternativas menos coactivas no son en general procedentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño cuando el padre lo

general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente.

Estos criterios han sido objeto de precisiones en algunos fallos de tutela. Así, en primer lugar, respecto de los menores de edad, la Corte ha admitido que la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes), se basa en “el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”¹⁰⁶. Esta clasificación no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad,¹⁰⁷ pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular.

En el mismo sentido en la Sentencia SU-642 de 1998, la Corte evaluó si en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, una niña de cuatro años de edad tenía autonomía suficiente para determinar la longitud de su cabello y, en consecuencia, si vulneraba tal derecho la disposición reglamentaria del jardín infantil al que asistía, en virtud del cual debía llevar el pelo corto. El fallo reiteró que, si bien la titularidad del derecho en cuestión se predica de todas las personas, puede ser objeto de mayores restricciones en razón del grado de desarrollo psicológico e intelectual de las per-

obliga a vacunarse, y a pesar de que este se oponga de momento, por cuanto que es lícito pensar que en el futuro, cuando llegue a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención de los padres. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito”. En el mismo sentido en la C-1045/00 se estimaron constitucionales las normas de derecho civil que permiten al ascendiente revocar las donaciones hechas antes del matrimonio cuando el donatario contrae matrimonio sin el permiso requerido: “[...] para la Corte resulta razonable la interferencia que la ley autoriza a los padres o ascendientes de los adolescentes en la trascendental decisión de contraer matrimonio, con el fin de obligarlos a reflexionar respecto de su decisión, puesto que el contrato matrimonial es una opción de vida que afecta íntima y profundamente la existencia no sólo de quienes lo celebran, sino de sus hijos y demás integrantes del núcleo familiar”.

¹⁰⁶ Sentencia T-474/96.

¹⁰⁷ Sentencias T-474/96 y 477/95.

sonas. Así las cosas, la Corte acudió a dictámenes periciales que le permitieron determinar que un menor de cuatro años tiene ya suficiente capacidad para elegir libremente su vestuario, y, por ende, también para decidir sobre su apariencia personal, resolviendo este interrogante de manera positiva.

También resultan relevantes los criterios jurisprudenciales sentados por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual. Sostuvo la Corte a este respecto:

“De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres¹⁰⁸.”

Lo que lleva a la Corte a afirmar que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aún cuando éstos sean particularmente invasivos, no es un criterio que tenga un carácter absoluto:

“Por último, ni siquiera la edad configura un criterio puramente objetivo ya que, debido a la distinción anteriormente señalada entre capacidad legal y autonomía para tomar decisiones sanitarias, se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional

¹⁰⁸ Incluso la jurisprudencia comparada ha admitido el derecho de las menores embarazadas en consentir la práctica del aborto aun en contra de la opinión de sus padres. Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 V.S. 416 (1983).

del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es entonces gradual ya que ésta “es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”. Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esta Corte tiene bien establecido que la protección brindada por este derecho fundamental “es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales - se supone - son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad”. Existe pues “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas.”

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes

para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexecutable.

10.3. De la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.

Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.

En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respectivo párrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia.

10.4. La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

Se demanda también el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, enunciado normativo que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *“y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”*.

En relación con esta disposición, la Corte encuentra que la causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no solo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado que se trata de una causal genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos.

En efecto, respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquélla de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para

proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones “*humillantes y potencialmente peligrosas para la salud*”, no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política.

Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado. [...]

La tortura como violación al derecho a la integridad personal y los efectos en los familiares del torturado

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Bueno Alves vs. Argentina
Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] IX ARTÍCULO 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL)¹²
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR
LOS DERECHOS) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

68. La Comisión Interamericana ha denunciado que Argentina violó el derecho a la integridad personal del señor Bueno Alves “en razón de su sometimiento a torturas mientras se encontraba bajo la custodia del Estado”. La representante de la presunta víctima presentó alegaciones en el mismo sentido.

69. El Estado confesó la alegada violación al derecho a la integridad personal del señor Bueno Alves, lo que ha sido valorada positivamente por esta Corte (*supra* párr. 34). No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera pertinente analizar en este capítulo ciertos aspectos relativos a aquélla.

70. Por otro lado, aún cuando la Comisión Interamericana y la representante no hayan alegado expresamente la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de la presunta víctima, han referido que éstos sufrieron ciertas afectaciones de las

¹* Los números de las notas de pie de página de este extracto no corresponden al original de la sentencia.

² El artículo 5 de la Convención dispone, en su parte pertinente, que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

que derivaría, según su criterio, el derecho a recibir reparaciones. El Estado tuvo la posibilidad de controvertir estas alegaciones, lo que en efecto hizo (*infra* párr. 97). En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*, que autoriza al Tribunal, siempre y cuando se respete la situación fáctica delimitadora de la causa, a calificar la situación o relación jurídica en conflicto de manera distinta a como lo hicieran las partes, resulta oportuno analizar si en el presente caso los familiares del señor Bueno Alves han sufrido una violación a su integridad personal (*infra* párrs. 96 a 104).

A) Respecto al señor Juan Francisco Bueno Alves

71. El 8 de abril de 1988 el señor Bueno Alves denunció en su primera declaración ante el juez que ordenó su detención, que

el día 6 del actual mes de abril a la hora 1 aproximadamente, en el interior de su lugar de detención, en una oficina que decía “Anti-secuestro”, del Departamento Central de Policía, en donde estaba alojado, el mismo Oficial de Policía que procedió a su detención –del que ignora su nombre, apellido y jerarquía, pero que le dijo era abogado, y que vestía de civil-, le aplicó golpes con la mano ‘ahuecada’, en ambos oídos, sintiendo en este momento, a raíz de ello, una dificultad en el oído derecho, sintiendo como zumbidos, y por ello solicita examen médico. No sólo este oficial le aplicó estos golpes, sino que otra persona, también vestida de civil, se colocó detrás del dicente, por orden de ese Oficial, y también le aplicó golpes con sus manos ‘ahuecadas’, sobre el oído derecho. Que al ser golpeado de esta manera, el dicente reaccionó diciendo ‘mátenme’, por lo que el Oficial hizo una seña al otro policía, y éste le apoyó un arma de fuego sobre la sien derecha. También fue insultado en relación a su nacionalidad³.

72. El 4 de mayo de 1988 el señor Bueno Alves amplió su declaración inicial y reiteró que fue golpeado “en los oídos con la palma de la mano ahuecada produciéndole dolores, zumbidos que aún persisten”, y agregó que “también fue golpeado en el estómago con

³ Cfr. declaración indagatoria del señor Juan Francisco Bueno Alves de 8 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 7, folio 223).

golpes de puños, los cuales cesaron al manifestar [...] que tenía úlcera”. Asimismo, señaló que fue privado de su medicación para la úlcera. El señor Bueno Alves refirió que “dichos golpes fueron para que confesara o declarara en contra del Dr. Pérez Galindo”⁴, quien había sido su abogado hasta ese entonces.

73. El señor Bueno Alves posteriormente identificó a René Jesús Derecho⁵ como el policía que lo detuvo y maltrató, y al policía Horacio Soto como quien “habría presenciado la agresión padecida por él, y se reía mientras lo agredían, pero no intervino activamente”⁶. No pudo identificar a la persona que también lo habría golpeado siguiendo órdenes del señor Derecho.

74. De la prueba ofrecida, así como de la confesión del Estado respecto a los hechos del presente caso (*supra* párr. 26), la Corte tiene por demostrado que el señor Bueno Alves fue golpeado en los oídos⁷ y

⁴ Cfr. ampliación de la declaración del señor Juan Francisco Bueno Alves de 4 de mayo de 1988 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 364 y 365).

⁵ Cfr. acta de ratificación de declaración con fila de personas de 14 de marzo de 1989 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 509).

⁶ Cfr. acta de ratificación de declaración con fila de personas de 14 de marzo de 1989 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 508).

⁷ El Informe médico elaborado por el doctor José Bello el 26 de abril de 1988 constató una “p erforación de la membrana timpánica de 2mm. de diámetro” con “déficit auditivo” que se encontraba “en vías de cicatrización”. Este diagnóstico fue confirmado en varios exámenes médicos posteriores. Dos médicos forenses identificaron el 13 de mayo de 1988 la existencia de una “perforación del tímpano derecho con hipoacusia localizada en los tonos 4000 y 8000”. Se llevó a cabo un nuevo informe médico el 7 de diciembre de 1988, el cual confirmó la existencia de una “hipoacusia perceptiva derecha con caracteres típicos de hipoacusia” En ampliación de los informes de 13 de abril y 13 de mayo de 1988 se produjo un nuevo informe médico el 20 de diciembre de 1988, el cual concluyó que “la perforación timpánica del oído derecho había desaparecido persistiendo la hipoacusia perceptiva en ese oído con los caracteres típicos de hipoacusia” El 16 de junio de 1992 se realizó otro examen médico, el cual señaló que “e l estudio audiométrico realizado en la fecha muestra una hipoacusia perceptiva derecha” y que las “características audiométricas descriptas son compatibles con un deterioro auditivo unilateral perceptivo (cortipatía)”. Por último, en el presente procedimiento internacional se llevó a cabo una nueva pericia médica que concluyó que en la membrana timpánica de la víctima hay “un adelgazamiento [...] de aproximadamente 2 mm., secuela de una perforación”. (Informes médicos elaborados por

en el estómago, insultado en razón de su nacionalidad y privado de su medicación para la úlcera, por agentes policiales, mientras se encontraba detenido bajo su custodia⁸, con el fin de que confesara en contra del señor Pérez Galindo⁹, quien también se encontraba detenido¹⁰.

los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge A. García Blanco, José Bello y Mariano Castex. Expediente de anexos a la demanda, Tomos I, II y III, Anexos 7 y 8, folios 307 a 309, 440, 441, 464, 866, 867 y 1045).

⁸ El informe del estudio otorrinolaringológico del señor Bueno Alves llevado a cabo el 13 de mayo de 1988 concluyó que “la lesión descrita admite una relación causal con el traumatismo denunciado. [...] El mecanismo determinante es compatible con la versión dada por nuestro examinado siendo de observación en estos casos que este tipo de lesiones se ocasionan con traumatismo aplicados con las palmas de las manos en los pabellones auriculares lo que aumenta bruscamente la presión en el conducto auditivo externo provocando con ello la perforación timpánica y la impulsión de la cadena de huesecillos del oído hacia el oído interno” El informe médico elaborado por los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge García Blanco y Mariano Castex el 20 de diciembre de 1988 sostuvo que la “lesión auditiva del oído derecho guarda una cuá druple relación de causalidad (cronológica, topográfica, etiológica y sintomática) con el traumatismo referido por el causante [...] y en consecuencia, estimamos que la antigüedad de la dolencia data de dicha época”. En el presente procedimiento internacional los peritos médicos designados por el Presidente de la Corte concluyeron en su informe de 19 de enero de 2007 que la “lesión [...] en oído derecho [...] es compatible con un traumatismo, el cual dejó como secuela una hipoacusia leve en dicho oído” Por su parte, el Informe médico del 16 de junio de 1992, indica que “se excluye factores de naturaleza tóxica, vasculares y heredodegenerativas” (Informes médicos elaborados por los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge García Blanco, Mariano Castex y José Bello. Expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexos 7 y 8, folios 308, 309, 440, 441, 866 y 867 e informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nieves y Schlenker. Expediente de fondo, Tomo III, folios 1042 y 1045).

⁹ A la misma conclusión llegó el juez que decretó el sobreseimiento de la causa penal en la que se inculpó al señor Bueno Alves. En efecto, teniendo en cuenta los dichos del señor Pérez Galindo respecto a que “la Policía Federal, por medio de la División de Defraudaciones y Estafas, había utilizado esta causa para lograr un allanamiento de su estudio profesional, en atención a la calidad de Defensor de uno de los principales implicados en el resonado caso ‘SIVAK’”, el mencionado juez consideró que tales explicaciones “aparecen con fundamento” y se “levanta con firmeza la posición y las explicaciones que diera el imputado PEREZ GALINDO como verdadero móvil de las diligencias policiales practicadas”. *Cfr.* Sentencia de 5 de octubre de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 7, folios 245 a 253).

¹⁰ *Cfr.* orden de allanamiento y diligencia de allanamiento de 5 de abril de 1988 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Anexo A1, folios 4030, 4031 y 4034).

75. Una vez que se ha tenido por demostrado los hechos señalados en los párrafos anteriores, queda por determinar si tales actos constituyen tortura. Previo a ello, la Corte resalta que el Estado no objetó la calificación de “tortura” que la Comisión y la representante dieron a tales hechos. Es más, el propio Estado en su contestación a la demanda se refirió al trato padecido por la presunta víctima como “hechos de tortura”. No obstante la existencia de esta admisión, que en otras vertientes del enjuiciamiento relevaría al Tribunal de hacer mayor análisis, el Tribunal entra a hacer las consideraciones de derecho pertinentes.

76. En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas¹¹.

77. Los tratados de alcance universal¹² y regional¹³ consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado. Igual-

¹¹ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 271; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 117, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 222.

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37, y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Art. 10.

¹³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2; Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Art. 5; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, Art. 16; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Art. 4, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 3.

mente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición¹⁴, incluso bajo el derecho internacional humanitario¹⁵.

78. Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”)¹⁶, así como las diversas definiciones contenidas en algunos de los instrumentos citados en el párrafo anterior. Esto es particularmente relevante para el Tribunal, puesto que conforme a su propia jurisprudencia, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se

¹⁴ Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 6; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Art. 5; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 87(a); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Art. 6; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), Regla 17.3; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Art. 4, y Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, Directriz IV.

¹⁵ Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), Arts. 49, 52, 87 y 89, 97; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), Arts. 40, 51, 95, 96, 100 y 119; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), Art. 75.2.ii, y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Art. 4.2.a.

¹⁶ El artículo 2 de la CIPST dispone, en su parte pertinente que:

Para lo efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin [...].

inscribe (inciso tercero del artículo 31)¹⁷. Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección¹⁸.

79. En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito¹⁹.

¹⁷ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 156; *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 126, y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144.

¹⁸ Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 43, párr. 144; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 165, y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 y 193.

¹⁹ Lo anterior es además consistente con la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* la Corte subrayó que entre los elementos constitutivos de la tortura está incluida "la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla" (Cfr. *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 97). Después, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, este Tribunal concluyó que "los actos denunciados [...] fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica" (Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 158). En el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala* la Corte indicó que "entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. [...] A algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma" (Cfr. *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003).

80. La Corte pasa ahora a analizar los hechos del presente caso a la luz de lo indicado en el párrafo previo.

i) intencionalidad

81. Las pruebas que constan en el expediente acreditan que los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.

ii) finalidad

82. El señor Bueno Alves denunció en su declaración ante el juez que investigaba los actos de maltrato (*supra* párr. 71) que éstos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado, el señor Carlos Alberto Baltasar Pérez Galindo. En vista de ello y teniendo en cuenta la aceptación del Estado, la Corte considera que los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves.

Serie C No. 103, párrs. 91 y 93). En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* la Corte señaló que “entre los elementos de la noción de tortura [...] se encuentra el infligir a una persona sufrimientos físicos o mentales con cualquier fin”, y citó como ejemplo de esto que, “en general, en las situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos, el uso sistemático de tortura tiene como fin el intimidar a la población”. (Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 44, párr. 116). Posteriormente, en el caso *Tibi vs. Ecuador* la Corte afirmó que los “actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso *sub judice* se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana” (Cfr. *Caso Tibi, supra* nota 43, párr. 149). En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* la Corte realizó un análisis objetivo de la pena corporal de flagelación y declaró que ésta constituye una “forma de tortura” y una violación *per se* del derecho a la integridad personal, así como una “institucionalización de la violencia”. Al igual que en los casos mencionados anteriormente, el Tribunal tomó en cuenta la intencionalidad, la severidad del sufrimiento y la finalidad del trato, antes de calificarlo como tortura (Cfr. *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 72 y 73.).

iii) sufrimiento

83. Finalmente, al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal²⁰.

84. El sufrimiento que el señor Bueno Alves padeció queda evidenciado en su testimonio inicial, en el que especifica que “al ser golpeado de esta manera, [...] reaccionó diciendo ‘mátenme’”²¹. De igual forma, cobran especial relevancia los efectos físicos que el trato produjo. Según los hallazgos de los peritos médicos que presentaron sus informes (*supra* párr. 37), el tratamiento padecido por el señor Bueno Alves le produjo una “perforación de la membrana timpánica de 2mm. de diámetro”²², que conllevó una pérdida de la audición del 0,3% en el oído izquierdo y 16.7% en el oído derecho, así como severos padecimientos psicológicos. En efecto, los peritos psiquiatras que actuaron en este proceso expusieron que:

En relación a los hechos de la litis [...] su relato es claro, emotivo pero a la vez pudoroso. No resulta grandilocuente ni busca causar impacto emocional en el oyente. Su relato resulta verosímil. [...] A partir de ese episodio, ocurrido hace más de 18 años, todo hecho de su existencia parece quedar asociado, de una manera u otra, a dicho episodio. Como sintomatología reactiva al mismo refiere [...] fallas amnésicas, trastornos en el dormir, estado de alerta y temores permanentes, inactividad laboral total y un estilo de vida social y

²⁰ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 44, .párr. 74, y *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

²¹ Cfr. testimonio del señor Bueno Alves de 8 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 223).

²² Cfr. Informe médico elaborado por el doctor José Bello el 26 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 307).

afectiva supeditada al sistema de recaudos y seguridades instaurado a posteriori del episodio del 88. Es ahí, siempre según sus dichos, puntualmente durante la detención que sufriera, que comienza con trastornos alimenticios y en la piel. [...] Su actividad mental y también su vida cotidiana [...] parecen capturadas por el tema. Tema que parece ser la razón de su existir. Toda su energía psíquica está puesta allí. Ha montado un sistema de constantes recaudos, acompañado de una actitud hipervigilante. [...] No aparecen indicadores de simulación²³.

85. Además, los peritos concluyeron que los trastornos producidos por los maltratos impidieron e impiden al señor Bueno Alves “desarrollar sus actividades cotidianas”, y requieren la continuidad de un tratamiento psiquiátrico psicológico “de por vida”²⁴.

86. Por todo lo anterior, y tomando en consideración la confesión del Estado (*supra* párrs. 19, 22, 23 y 26 a 29), esta Corte considera que los hechos alegados por la Comisión y la representante, y probados en este caso, constituyeron tortura en perjuicio del señor Bueno Alves, lo que implica la violación por parte del Estado al derecho consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la persona mencionada.

87. Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, la Corte comparte el criterio del Estado expresado en su contestación de demanda respecto a que “si bien los actos de tortura perpetrados contra el señor Bueno Alves han quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención Americana, ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad”, como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil²⁵.

²³ Cfr. informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1051 y 1052).

²⁴ Cfr. informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1065).

²⁵ La Corte Interamericana ha indicado que los crímenes contra la humanidad incluyen “la comisión de actos inhumanos [...] cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. (Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 16, párr. 96)

* * *

88. Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes²⁶. La obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, de acuerdo con los cuales el Estado se encuentra obligado a “tomar[...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como a “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención,

cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

89. En igual sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que:

a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura²⁷.

90. En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normati-

²⁶ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 344; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 78 y *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 16, párr. 147.

²⁷ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 345; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 79, y *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54.

vas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado²⁸.

91. En el siguiente capítulo de esta Sentencia la Corte analizará en detalle los procedimientos iniciados para investigar la tortura sufrida por el señor Bueno Alves, pero considera oportuno examinar desde ahora los efectos que la falta de respuesta judicial han tenido para la integridad personal del señor Bueno Alves.

92. En efecto, la Comisión alegó que

el daño psicológico causado por las torturas se ha visto exacerbado por el rechazo de sus reclamos ante el poder judicial. El señor Bueno Alves intentó con todos los medios a su alcance superar la impunidad reinante en este caso, y solamente recibió denegación consistente por parte de las autoridades judiciales. El sufrimiento y la angustia se originan en las torturas y se agravan debido a la impunidad persistente.

93. La representante presentó argumentos en el mismo sentido y el Estado no ha controvertido ninguna de estas alegaciones.

94. Del peritaje psicológico efectuado por orden del Presidente de la Corte (*supra* párr. 37) se desprende que

la ausencia de respuesta por parte del sistema judicial argentino [...] ha afectado al señor Bueno Alves . El grado es grave pues se tradujo en un síndrome delirante, depresivo y adaptativo.

[...]

²⁸ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 347; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 81; *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 15, párr. 164 y 165, y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 137, 139 y 141.

Los procedimientos que el señor Bueno Alves alega haber seguido y la falta de respuesta a los mismos, que han actuado como estresores crónicos, han contribuido a su incapacidad laboral²⁹.

95. En vista de ello, la Corte considera que la falta de respuesta judicial afectó la integridad personal del señor Bueno Alves, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho contemplado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima.

B) Respecto a los familiares del señor Juan Francisco Bueno Alves

96. Tanto la Comisión como los representantes señalaron que la familia del señor Bueno Alves también se vio afectada por los hechos del caso. Incluso la representante indicó que uno de los hermanos de aquél, Delcio Ventura Bueno Alves, y la madre de ambos, Tomasa Alves De Lima, padecieron la desgracia de Juan Francisco, sufriendo un grave quebranto en su salud que les provocó posteriormente la muerte. La Comisión y la representante individualizaron a los miembros de la familia del señor Bueno Alves (para quienes solicitaron reparaciones) de la siguiente manera: Tomasa Alves De Lima (madre); Delcio Ventura Bueno Alves y Manuel Bueno Alves (hermanos); Inés María del Carmen Afonso Fernández (ex esposa); Juan Francisco Bueno (hijo), Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno (hijas); Sergio Oscar Roldán (yerno); Patricia Marcela Mereles (nuera); Carolina Elizabeth Mereles, Cristian Rodrigo Mereles, Marco Gabriel Bueno Mereles, Juan Manuel Bueno, Mariana Gisele Bueno, Francisco Ernesto Roldán Bueno y Daniela Inés Roldán Bueno (nietas y nietos).

97. El Estado manifestó que no existen pruebas que permitan afirmar que hubiera un “nexo causal” entre los hechos de este caso y la muerte del hermano y la madre de la víctima; que los nietos de la víctima ni siquiera habían nacido al momento de los hechos; que no existe constancia del vínculo del yerno y la nuera de la víctima con sus respectivos hijos; que no se aportaron pruebas que acrediten el grado en que todos los familiares padecieron y se in-

²⁹ Cfr. informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1064).

volucraron en la situación que atravesó la víctima, y que no se ha demostrado que los familiares hayan padecido una alteración en sus condiciones de existencia, sus relaciones familiares y sociales y sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.

98. En la prueba aportada al Tribunal figura un certificado del médico tratante del señor Bueno Alves, señor Jorge A. Caride, el cual relata que:

el hermano Delcio Ventura padeció un infarto, y a consecuencia de él, falleció a los 49 años, al parecer también influido por la tensión que toda la familia soportaba.

En el año 2001 falleció la madre, Sra. Tomasa Alves de Lima.

El resto de la familia del Sr. Bueno Alves no ha quedado libre de padecer distintos cuadros compatibles con trastornos por ansiedad y con necesidad de algún tipo de tratamiento [...] . Especialmente su hija Verónica Inés, que en el momento de la detención contaba con 14 años de edad. También la esposa del Sr. Bueno Alves, Sra. Inés María del Carmen.

Todo lo referido debe entenderse como la suma de complicaciones con deterioro anímico y económico, no sólo lo del Sr. Bueno Alves, sino de toda la familia .

Además de la hija mencionada [...] , tiene otros dos hijos: Juan Francisco e Ivone Miriam; un yerno, Sergio Roldán, y cuatro nietos: Mariana, Francisco, Daniela y Jonathan, los cuales por los acontecimientos desencadenados a partir de la detención del Sr. Bueno Alves, no han podido contar con él de un modo adecuado³⁰.

99. El señor Caride también rindió declaración ante fedatario público (affidávit), en la que señaló que “d urante los últimos años, varios miembros de la familia del señor Bueno Alves se hallan en tratamiento psicológico”, y que los hechos de este caso fueron “llevando lentamente al señor Bueno Alves a un deterioro de sus relaciones familiares hasta llegar al divorcio”³¹.

³⁰ Cfr. expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 4, folios 63 y 64.

³¹ Cfr. informe pericial (affidávit) del doctor Caride (expediente de fondo, Tomo III, folios 1217 y 1218).

100. Los peritos psiquiatras concluyeron que la víctima “presenta posiblemente trastornos en sus vínculos familiares y que este tipo de afecciones generan sobrecarga familiar”, y aconsejaron la continuidad del tratamiento psicológico del “grupo de sostén” de la víctima³².

101. Finalmente, la trabajadora social que presentó su declaración ante fedatario (affidávit) público indicó que el señor Bueno Alves le mencionó “que lo ocurrido lo ha afectado emocionalmente y ha repercutido y conmocionado a su entorno familiar”. Asimismo, relató que en la actualidad la víctima

se encuentra conviviendo con su ex-esposa, su hija Verónica Inés, su yerno y sus dos nietos, primando la unión familiar y una buena vinculación afectiva entre los integrantes. El señor Bueno Alves también sostiene un vínculo unido y afectivo con sus otros hijos y nietos, lo que indica que prevalece un núcleo familiar contenedor en el plano afectivo³³.

102. Esta Corte ha afirmado, en otras oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas³⁴. Entre los extremos a considerar se encuentran la existencia de un estrecho vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, la forma en que el familiar fue testigo de los eventos violatorios y se involucró en la búsqueda de justicia y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas³⁵.

103. Para apoyar la vinculación afectiva necesaria para considerar a los familiares como víctimas de hechos violatorios al artículo 5 de la Convención Americana en este caso, solamente hay evidencia

³² Cfr. informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nuevas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1065).

³³ Cfr. informe de la trabajadora social Rull de 16 de marzo de 2007 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, folios 5624 y 5625).

³⁴ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 335; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 83, y *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 15, párr. 96.

³⁵ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 335; *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 15, párr. 128, y *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 45, párr. 163.

de esa relación entre el señor Bueno Alves y su madre³⁶, ex esposa³⁷ e hijos³⁸, y no con sus hermanos, nietos, yerno y nuera. Tampoco resulta suficiente la prueba aportada para imputar la muerte de la madre y el hermano de la víctima a los hechos padecidos por ésta.

104. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que únicamente los integrantes del núcleo familiar más íntimo del señor Bueno Alves, esto es, su madre, ex esposa e hijos, son víctimas de la violación del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por el perjuicio emocional que padecieron por las torturas que aquél sufrió a manos de agentes del Estado y la posterior denegación de justicia. [...]

³⁶ La señora Tomasa Alves De Lima, madre del señor Bueno Alves, falleció el 28 de enero de 2001, es decir, con posterioridad a los hechos. *Cfr.* partida de defunción expedida por la Oficina de Registro de Estado Civil del Uruguay el 16 de febrero de 2001 (expediente de fondo, Tomo III, folio 1309).

³⁷ La señora Inés María del Carmen Afonso Fernández estuvo casada con el señor Bueno Alves hasta el 20 de octubre de 1993, es decir, con posterioridad a los hechos. *Cfr.* sentencia de divorcio No. 140 de 20 de octubre de 1993 (expediente de fondo, Tomo III, folios 1289 y 1290).

³⁸ El hijo y las hijas del señor Bueno Alves son el señor Juan Francisco Bueno y las señoras Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno. *Cfr.* partidas de nacimiento de 26 de octubre de 1975 y 26 de enero de 1977, emitidas por la Dirección General del Registro del Estado Civil del Uruguay, y libreta No. 482488 del matrimonio Roldán-Bueno, emitida por la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Buenos Aires (expediente de fondo, Tomo III, folios 1037, 1294 y 1292).

Los castigos corporales judiciales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe N° 79/07

Caso 12.513 Fondo

Prince Pinder c. Bahamas

15 de octubre de 2007

I. RESUMEN

1. El 15 de enero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) recibió una petición fechada el 14 de enero de 2003, de la abogada Adela Williams, de Arnold and Porter, de Londres, Reino Unido (“la peticionaria”), contra el *Commonwealth* de Bahamas (“Bahamas” o “el Estado”). La petición fue presentada en nombre del Sr. Prince Pinder, nacional de Bahamas, recluido en prisión en ese país. Según la petición, el 28 de julio de 1997 el Sr. Pinder fue declarado culpable de dos delitos de asalto a mano armada y un delito de tentativa de asalto a mano armada, en contravención de los artículos 360 (2) y 86 (2) del Código Penal de Bahamas, y sentenciado a pena de 30 años de prisión¹. Fue condenado también a ser flagelado con seis latigazos aplicados en dos series de tres azotes cada uno, según lo autoriza el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal de Bahamas, de 1991. En la petición se solicitó también a la Comisión que dispusiera medidas cautelares a favor del Sr. Pinder, consistentes en la suspensión de la ejecución de la pena mientras estuviera pendiente la petición.

¹ Según información proporcionada por la peticionaria, al Sr. Pinder se le habían imputado asimismo otros siete delitos de asalto a mano armada o conexos con el expresado, pero sólo fue condenado por tres de ellos. Todos los delitos habrían sido cometidos entre el 19 y el 29 de abril de 1987. Véase la página 20 de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bahamas; Prince Pinder c. Regina; Apelación Penal No. 60, de 1997, dictada el 29 de enero de 1999; en el apéndice A de la petición de la peticionaria fechada el 20 de enero de 2003.

2. En la petición se alegaba que la imposición y/o ejecución de una pena de flagelación viola los artículos I, XI, XVIII, XXV and XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración Americana” o “la Declaración”). Además la peticionaria sostiene que la demora global del proceso penal y a la espera de la flagelación viola asimismo el artículo XXVI de la Declaración.

3. Por nota del 4 de febrero de 2003 la Comisión solicitó al Estado que adoptara medidas cautelares conforme al artículo 25 del Reglamento de la Comisión, tendientes a suspender la imposición de la pena de flagelación al Sr. Pinder en tanto la Comisión investigaba las reclamaciones planteadas por la petición.

4. La Comisión no ha recibido del Estado ninguna respuesta a las solicitudes de información referentes a la petición.

5. En su Informe No. 49/05, adoptado el 12 de octubre de 2005, durante su 123º período ordinario de sesiones, la Comisión decidió admitir la petición y llevar adelante el análisis del fondo del caso. Tal como se establece en el presente informe, habiendo examinado la información y los argumentos referentes a los méritos de la petición, y no habiendo el Estado formulado observaciones, la Comisión ha concluido que el Estado, al autorizar e imponer al Sr. Pinder una pena consistente en un castigo corporal judicial, es responsable de la violación de los derechos que reconocen al Sr. Pinder los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana.

6. Sobre la base de esas conclusiones la Comisión recomienda al Estado:

- a) que otorgue a Prince Pinder un recurso efectivo que comprenda a) la conmutación de la pena de castigo corporal judicial y b) rehabilitación;
- b) que adopte las medidas legales o de otro género que puedan ser necesarias para abolir el castigo corporal judicial autorizado por el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal, de 1991;

II. PROCEDIMIENTOS SUBSIGUIENTES AL INFORME DE ADMISIBILIDAD N° 49/05

7. En el Informe No. 49/05, adoptado el 12 de octubre de 2005, durante el 123º período ordinario de sesiones de la Comisión, ésta

decidió admitir la petición con respecto a los artículos I, XI, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana y proseguir el análisis del fondo del asunto.

8. Mediante comunicaciones del 1º de noviembre de 2005, se transmitió al Estado y a la peticionaria, en las mismas comunicaciones, el texto del Informe No. 49/05. Conforme a lo dispuesto por el artículo 38.1 del Reglamento de la Comisión; ésta intimó a los peticionarios a presentar las observaciones adicionales que pudieran tener sobre el fondo del asunto dentro de un plazo de dos meses. En virtud de lo dispuesto en el artículo 38.2 de su Reglamento, la Comisión se puso asimismo a disposición de las partes de que se trata con miras a llegar a una solución amistosa del asunto, y les solicitó que informaran sin dilación a la Comisión si tenían interés en intentar una solución amistosa del caso. Hasta la fecha del presente informe la Comisión no ha recibido respuesta alguna de las partes a las referidas comunicaciones.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

9. Según la información presentada por la peticionaria, el Sr. Pinder fue condenado por la Corte Suprema de Bahamas el 28 de julio de 1997 como culpable de dos delitos de asalto a mano armada y un delito de tentativa de asalto a mano armada y condenado a 30 años de prisión. Además fue condenado a sufrir una pena de flagelación consistente en seis azotes administrados en dos series de tres azotes cada una conforme al Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal de Bahamas, de 1991. Las subsiguientes apelaciones del Sr. Pinder contra la sentencia fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones de Bahamas y por el Comité Judicial del Consejo Privado el 29 de enero de 1999 y el 15 de julio de 2002, respectivamente.

10. Según la peticionaria, el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal de Bahamas dispone, *inter alia*:

Artículo 3. (1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, todo infractor que sea condenado por un tribunal por cualquiera de

los delitos mencionados en el Primer Anexo² puede ser condenado por el tribunal a sufrir un castigo corporal que se agregue a cualquier otro castigo que pueda aplicarse al infractor

Artículo 4. (1) En todos los casos en que el infractor es condenado a sufrir un castigo corporal, éste se aplicará en forma privada mediante flagelación o latigazos, de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 4. (2) La flagelación será aplicada con una correa o vara de una estructura aprobada por el Gobernador General y, cuando se aplique mediante una correa, en la espalda del infractor, y cuando se imponga mediante una vara, en las nalgas, y en ambos casos sólo después de un examen realizado por un médico, y en presencia de éste.

Artículo 5. (1) En la sentencia de condena a sufrir un castigo corporal deberá especificarse el número de golpes que se administrarán, que en caso de flagelación no pasarán de 24 y en caso de la aplicación de latigazos no pasarán de 12, y deberá especificarse si al preso se le aplicará la totalidad de la pena de una vez o por partes, y en este último caso el número de golpes que comprenda cada parte.

Artículo 5. (2) El número máximo de golpes que pueden administrarse en una misma oportunidad será de 12 en el caso de flagelación y seis en el caso de aplicación de latigazos, y ninguna persona que haya sido flagelada o haya recibido latigazos volverá a ser flagelada o castigada a latigazos dentro de un plazo de 14 días.

11. Con respecto al fondo de la reclamación, la peticionaria sostiene que las leyes del Estado³ que permiten infligir un castigo corporal judicial representa una transgresión de las obligaciones que impone al Estado la Declaración Americana y además que la

² En el artículo 1 del PRIMER ANEXO del Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal se identifican numerosos delitos previstos en el Código Penal de Bahamas que pueden dar lugar a la imposición de un castigo corporal, incluidos los delitos por los que el Sr. Pinder fue declarado culpable (asalto a mano armada).

³ El castigo corporal judicial fue reintroducido (para determinados delitos) por el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal, de 1991, tras haber sido abolido en 1984 por el Estatuto (de Enmienda) del Código Penal.

aplicación de ese tipo de castigo al Sr. Pinder incuestionablemente provocaría ese resultado. La peticionaria sostiene que el Estado ha incurrido en violación de los artículos I, XI, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración, lo que expresa detalladamente a continuación:

- a) La sentencia de flagelación constituye un castigo cruel, inhumano e inusual, y una violación de la seguridad de la persona, en contravención de los artículos XXVI, XI y I de la Declaración. En respaldo de esta afirmación, la peticionaria observa que todos los jueces de la Corte de Apelaciones de Bahamas y del Comité Judicial del Consejo Privado definieron la flagelación como inhumana y degradante⁴. La peticionaria también argumenta que, durante la audiencia del Comité Judicial del Consejo Privado, el Estado admitió que la flagelación es “una tortura o un castigo inhumano”⁵.
- b) En violación del artículo XXVI, el Sr. Pinder ha sido expuesto a un castigo cruel, inhumano o inusual, en virtud de la demora global del proceso penal, que fue de casi cinco años y medio (entre la condena y la presentación de la petición). Al respecto, la peticionaria argumenta que la sentencia de flagelación ha sido agravada por la angustia que implica la expectativa de su aplicación durante ese largo período.
- c) El juez que dictó la sentencia de condena violó los derechos del Sr. Pinder reconocidos en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración, ya que a) no le hizo saber que estaba considerando la posibilidad de imponer una pena consistente en un castigo corporal ni le dio la oportunidad de cuestionarla⁶, y b) no se informó

⁴ Aunque todos los jueces de la Corte de Apelaciones y del Comité Judicial del Consejo Privado estuvieron *ad idem* sobre la naturaleza del castigo corporal, ambas cortes (por mayoría de tres a dos) declararon que el castigo corporal está permitido en la Constitución de Bahamas en virtud del artículo 17 (2) de la misma, que establece que “ninguna disposición de la ley ni ningún acto realizado al amparo de la ley podrá considerarse incongruente con el presente artículo o en contravención del presente artículo en la medida en que la ley en cuestión autorice la aplicación de alguna modalidad de castigo que haya sido legal en Bahamas inmediatamente antes del 10 de julio de 1973”.

⁵ Véase Petición de la peticionaria de 14 de enero de 2003, párrafo 1.

⁶ Véase Petición de la peticionaria del 14 de enero de 2003, párr. 4, en la que la peticionaria argumenta que esta violación se vio exacerbada por el hecho de que el señor Pinder no estuvo representado por un abogado durante la audiencia en que se pronunció sentencia.

sobre el carácter o los antecedentes del Sr. Pinder, privando así a éste de “una sentencia individualizada⁷”.

12. Según la comunicación dirigida por la peticionaria el 4 de febrero de 2003, hasta esa fecha la pena de flagelación aún no había sido aplicada al Sr. Pinder. Hasta la fecha la peticionaria no había respondido a la última solicitud de la Comisión, el 14 de junio de 2004, en que preguntaba si ya había sido aplicada dicha pena.

B. Posición del Estado

13. Aparte de acusar recibo de las nota de 4 de febrero de 2003 y 30 de mayo de 2003⁸, la Comisión aún no ha recibido ninguna información u observaciones del Estado en respuesta a la petición del Sr. Pinder.

IV. ANÁLISIS

A. Consideraciones preliminares

14. La Comisión toma nota de que el Estado no ha cuestionado las alegaciones de la peticionaria con respecto a las actuaciones judiciales que culminaron en el rechazo de la venia especial otorgada al Sr. Pinder para apelar ante el Comité Judicial del Consejo Privado, el 15 de julio de 2002. A este respecto la Comisión, pese a sus reiteradas solicitudes, no ha recibido del Estado información u observaciones con respecto a la petición de la peticionaria. En consecuencia la Comisión invoca el artículo 39 de su Reglamento, que establece:

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos den-

⁷ Ibid, en la que la peticionaria afirma que los artículos XVIII y XXVI requieren que el juez que pronuncia la sentencia realice la indagatoria pertinente antes de sentenciar a una persona hallada culpable de un delito, y que “habida cuenta de la naturaleza de la sentencia, se imponía una norma de justicia procesal más rigurosa para asegurar que el caso se adecuaba a ... un castigo corporal.” No obstante, la peticionaria rechaza la idea de pertinencia del castigo corporal *entodos* los casos .

⁸ Por nota de 14 de junio de 2004 la Comisión reiteró la solicitud de información formulada al Estado, pero hasta ahora no ha recibido respuesta.

tro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria..

15. Si bien reconoce que el Estado no es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión está autorizada conforme al artículo 20 b. de su Estatuto a "...dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales".

16. La Comisión considera también que la información por ella solicitada le permitiría llegar a una decisión en un caso puesto a su consideración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la cooperación del Estado es una obligación esencial en las actuaciones internacionales presentadas ante el sistema interamericano:

17. En contraposición con el derecho penal interno, en los procedimientos tendientes a determinar si se han producido violaciones de derechos humanos, el Estado no puede basarse en la defensa de que el recurrente no ha presentado pruebas que no puedan obtenerse sin la cooperación del Estado. El Estado controla los medios de verificación de actos que ocurran dentro de su territorio. Aunque la Comisión posee facultades indagatorias, no puede ejercerlas dentro de la jurisdicción de un Estado a menos que cuente con la cooperación de este último⁹.

18. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han indicado también que "el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial"¹⁰. La

⁹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 135 y 136.

¹⁰ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 138. CIDH, Informe No. 28/96, Caso 11.297, Guatemala, 16 de octubre de 1996, párrafo 45.

Comisión por lo tanto recuerda al Estado del *Commonwealth* de Bahamas que tiene la obligación de cooperar con los órganos del sistema interamericano de derechos humanos a los efectos del óptimo cumplimiento de sus funciones de proteger los derechos humanos.

19. Conforme al artículo 39 de su Reglamento, la Comisión concluye que:

- a) El Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal de Bahamas prevé la posibilidad de infligir castigos corporales judiciales por determinados delitos previstos en el Código Penal de Bahamas, incluido el asalto a mano armada;
- b) El 28 de julio de 1997 el Sr. Pinder fue declarado culpable de dos delitos de asalto a mano armada y un delito de tentativa de asalto a mano armada, en infracción de los artículos 360 (2) y 86 (2) del Código Penal de Bahamas, y condenado a 30 años de prisión¹¹. Fue condenado también a ser flagelado mediante seis azotes, en dos series de tres, según lo previsto en el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal;
- c) Sus subsiguientes apelaciones contra esta sentencia fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones de Bahamas y por el Comité Judicial del Consejo Privado el 29 de enero de 1999 y el 15 de julio de 2002, respectivamente;
- d) Contra el Sr. Pinder sigue pendiente la aplicación de la pena de castigo corporal judicial, que al parecer no ha sido aplicada por el Estado hasta la fecha.

1. Aplicación e interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

20. En el caso de autos los peticionarios han alegado que el Estado de Bahamas es responsable de violaciones de los derechos de Prince Pinder reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Como la Comisión ha señalado

¹¹ Según la información proporcionada por la peticionaria, al Sr. Pinder se le habían imputado asimismo otros siete delitos de asalto a mano armada o conexos, pero sólo fue condenado por tres delitos. Todos los supuestos delitos se habrían cometido entre el 19 y el 29 de abril de 1987. Véase la página 20 de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bahamas; *Prince Pinder c. Regina*; Apelación Penal No. 60, de 1997, dictada el 29 de enero de 1999; en el apéndice A de la petición de la peticionaria fechada el 20 de enero de 2003.

en numerosas ocasiones anteriores, dicha Declaración constituye una fuente de obligaciones jurídicas internacionales para todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, incluida Bahamas¹². Además la Comisión, conforme al artículo 20 de su Estatuto y a los artículos 49 y 50 de su Reglamento, tiene la potestad de recibir y examinar toda petición que contenga una denuncia de supuestas violaciones de los derechos humanos establecidos en la Declaración Americana en relación con Estados miembros de la OEA que no sean partes de la Convención Americana¹³.

21. De acuerdo con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, las disposiciones de sus instrumentos rectores, incluida la Declaración Americana, deberán ser interpretadas y aplicadas de manera evolutiva, tomando en cuenta la evolución que han experimentado las normas, instrumentos y jurisprudencia internacionales desde que fueron originalmente adoptados.¹⁴

¹² Bahamas depositó su instrumento de ratificación de la Carta de la OEA el 3 de marzo de 1982.

¹³ Véase también Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10 en lo sucesivo “Opinión Consultiva OC-10/89”, párrafos 35-45; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos*, Caso 9647, Res. 3/87, 22 septiembre de 1987, Informe Anual 1986-87, párrafos 46-49; Carta de la OEA, artículos 3, 16, 51, 112 y 150.

¹⁴ Véase Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párrafo 37; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A No. 16 (1999) en lo sucesivo “Opinión Consultiva OC-16/99”, párrafo 114 (en que se respalda una interpretación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos que tiene en cuenta la evolución *decorpus juris gentium* del derecho internacional de los derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones actuales; Informe No. 52/02, Caso No. 11.753, Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2002 en lo sucesivo “Caso Martínez Villareal”, párrafo 60. Véase también Convención Americana, artículo 29(b) (“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: . . . b. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”).

22. En especial los órganos del sistema interamericano han sostenido anteriormente que la evolución del corpus del derecho internacional de los derechos humanos es pertinente para interpretar y aplicar la Declaración Americana puede extraerse de las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos vigentes¹⁵, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en muchos casos puede considerarse como representativa de una expresión autorizada de los principios fundamentales enunciados en la Declaración Americana¹⁶. También se han extraído conclusiones pertinentes de las disposiciones de otros tratados e instrumentos multilaterales adoptados dentro y fuera del marco del sistema interamericano, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁷.

23. En consecuencia, para pronunciarse sobre el caso de autos, la Comisión, en la medida en que corresponda, interpretará y aplicará las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana a la luz de la evolución actual en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, reflejada en tratados, costumbres y otras fuentes pertinentes de derecho internacional.

¹⁵ Véase Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párrafo 37; Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párrafo 115; Informe No. 52/01, Caso 12.243, Juan Raúl Garza (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2000 en lo sucesivo “Caso Garza”, párrafo 89.

¹⁶ Véase CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. (28 de febrero de 2000), párrafo 38; Caso Garza, *supra*, párrafos 88, 89 (en que se confirma que si bien la Comisión evidentemente no aplica la Convención Americana en relación con Estados miembros que aún no hayan ratificado ese tratado, sus disposiciones pueden ser pertinentes para fundar una interpretación de los principios de la Declaración).

¹⁷ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas el 30 de agosto de 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, U.N. Doc. A/CONF/611, anexo I, E.S.C. res. 663C, 24 U.N. ESCOR Supp. (No. 1), en U.N. Doc. E/3048 (1957), enmienda E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1), en 35, U.N. Doc. E/5988 (1977).

2. Los artículos I, XXV, XXVI, de la Declaración Americana y los castigos corporales judiciales

24. Los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana disponen lo siguiente:

Artículo I Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

25. La peticionaria sostiene que las leyes de Estado¹⁸ que permiten la aplicación de castigos corporales judiciales representa una transgresión de las obligaciones impuestas al Estado por la Declaración Americana, y además que la aplicación de ese castigo en el caso del Sr. Pinder incuestionablemente produciría ese resultado. Más especialmente, sostiene que la pena de flagelación constituye un castigo cruel, infamante o inusual y una violación de la seguridad de la persona, en infracción de los artículos XXVI, XXV y I de la Declaración.

26. La jurisprudencia internacional contemporánea sobre derechos humanos es inequívoca con respecto a la cuestión de los castigos corporales judiciales. La Comisión toma nota de que va-

¹⁸ El castigo corporal judicial fue reintroducido (para determinados delitos) por el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal, de 1991, tras haber sido abolido en 1984 por el Estatuto (de Enmienda) del Código Penal.

rios instrumentos internacionales de derecho de los derechos humanos y derecho humanitario prohíben expresamente los castigos corporales, y que numerosas cortes, tribunales y otras autoridades internacionales y nacionales han concluido que el castigo corporal es de por sí incompatible con garantías internacionales y nacionales contra la tortura y otro tratamiento inhumano. En su sentencia del *Caso Winston Caesar*¹⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la aplicación de castigos corporales “constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación *per se* del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1²⁰ y 5.2²¹ de la Convención...”²².

27. Tras citar numerosas autoridades jurídicas internacionales, la Corte Interamericana concluyó que “existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional”²³.

28. A este respecto, tanto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad del castigo corporal con las garantías internacionales contra la tortura y otro tratamiento cruel, inhumano o degradante. Según el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura el artículo 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos refleja el prin-

¹⁹ Corte IDH. Caso Winston Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

²⁰ Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

²¹ Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

²² Corte IDH, Caso Caesar (supra) párrafo 73

²³ *Ídem*, párrafo 70.

cipio de prohibición internacional de tratos crueles, inhumanos o degradantes, y más ampliamente, el hecho de que “los castigos corporales son incompatibles con la prohibición de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contenida, *inter alia*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”²⁴.

29. Análogamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha concluido que la prohibición de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes contenida en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe considerarse aplicable a los castigos corporales, “incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria”²⁵. Con respecto al uso del castigo corporal en Trinidad y Tobago, el Comité especificó en sus Observaciones Finales sobre un informe presentado por Trinidad y Tobago conforme al artículo 40 del Pacto, que “preocupa observar que, aparte de la prohibición del castigo corporal a los menores de 18 años, el Estado Parte sigue aplicando los castigos de flagelación y

²⁴ “Cuestiones de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular: La tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado de conformidad con la resolución 1995/37 B de la Comisión de Derechos Humanos, 10 de enero de 1997, E/CN.4/1997/7; citada en el párrafo 61 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Caesar* (*supra*).

²⁵ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 20, Artículo 7 (44ª sesión, 1992), *Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones adoptadas por Órganos de Tratados de Derechos Humanos*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, pág.14 (1994), párrafo 5, y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 21, artículos 10 (44ª sesión, 1992), *Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones adoptadas por Órganos de Tratados de Derechos Humanos*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, pág. 14 (1994), párrafo 3; citada en el párrafo 62 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso *Winston Caesar* (*supra*).

azotes, que son penas crueles e inhumanas prohibidas al tenor del artículo 7^o. Recomendó al Estado que todas las sentencias de flagelación o aplicación de latigazos fueran inmediatamente abolidas²⁶.

30. El Comité de Derechos Humanos ha llegado a conclusiones similares al pronunciarse sobre denuncias individuales provenientes de Trinidad y Tobago y Jamaica. En los casos *Sooklal c. Trinidad y Tobago* y *Osbourne c. Jamaica*²⁷, el Comité declaró que la flagelación (en el caso de Trinidad y Tobago) y los latigazos con una vara de tamarindo (en el caso de Jamaica), previstos como penas por las leyes respectivas de los mencionados Estados constituían un trato o castigo cruel, inhumano o degradante, conforme al artículo 7 del Pacto.

31. En el caso *Tyrer c. Reino Unido*, en que un menor al que se habían aplicado tres azotes con una vara de abedul, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que ese trato violaba el derecho al trato humano previsto en el artículo 3²⁸ de la Convención Europea sobre Derechos Humanos²⁹.

²⁶ Consideración por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de informes presentados por Estados partes conforme al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Trinidad y Tobago, 17^a sesión, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/TTO, párrafo 13; citada en el párrafo 62 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso *Winston Caesar* (*supra*).

²⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Osbourne c. Jamaica*, Comunicación No. 759/1997, Informe del Comité de Derechos Humanos, 13 de abril de 2000, CCPR/C/68/D/759/1997 párrafo 9.1; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Boodlal Sooklal c. Trinidad and Tobago*, Comunicación No. 928/2000, Informe del Comité de Derechos Humanos, 8 de noviembre de 2001, CCPR/C/73/928/2000 párrafo 7.2.

²⁸ El artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

²⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Tyrer c. United Kingdom*, (5856/72), Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No.26, párrafo 33. En el párrafo 3 de su sentencia, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que "... la naturaleza misma de la pena corporal implica que un ser humano inflija violencia física a otro ser humano. Además, se trata de violencia institucionalizada, que en este caso está permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales del Estado y llevada a cabo por sus autoridades policiales ... Así, aunque el demandante no sufrió ninguna consecuencia física grave o permanente, su castigo – por el cual fue tratado como un objeto en poder de las autoridades –

32. Al considerar la cuestión de si en el castigo aplicado al peticionario había otras circunstancias que lo hicieran “degradante” en la acepción del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte señaló que “había habido un intervalo de varias semanas desde que la corte juvenil condenara al peticionario y una demora considerable en la estación policial donde el castigo fue llevado a cabo”. En consecuencia, la Corte concluyó que al dolor físico experimentado por el penado se agregaba el hecho de que el castigo también era degradante, puesto que el “el peticionario fue sometido a la angustia mental provocada por la violencia a la que iba a ser sometido”³⁰.

33. Tal como lo señaló la Corte Interamericana en el Caso Caesar “...una parte de ciertos Estados que aún mantenían castigos corporales en su legislación los han abolido recientemente”³¹, y que “...un creciente número de tribunales internos ha concluido que la imposición de castigos corporales, independientemente de las circunstancias del caso y de las modalidades en que se llevó a cabo, constituye un trato cruel, inhumano y degradante, y representa una forma de castigo que ya no es aceptable en una sociedad democrática”³².

constituyó una atentado contra lo que precisamente es uno de los fines principales del artículo 3 ... , es decir, la de proteger la dignidad y la integridad física de la persona. Tampoco se puede excluir que el castigo pueda haber ocasionado consecuencias psicológicas adversas. El carácter institucionalizado de este tipo de violencia se agrava posteriormente por el contexto del procedimiento oficial respecto del castigo y por el hecho de que quienes lo ejecutaron eran completos extraños del ofensor”.

³⁰ *Ídem*, párrafo 33.

³¹ La Corte Interamericana mencionó las siguientes leyes de Estados que habían abolido los castigos corporales: la Ordenanza de Abolición de Castigos Corporales de 1998 (Anguila), el Estatuto (de Abolición) de los Castigos Corporales, de 2000 (Islas Vírgenes Británicas), el Estatuto (de Enmienda) del Sistema Carcelario, de 1998 (Islas Caimán), el Estatuto (de Enmienda) de la Legislación Penal (Ley No 5 de 2003) (Kenya), la Ley sobre la Pena de Flagelación, de 1996 (Pakistán) (que sigue siendo permitida para los delitos “Hadood”), y la Ley de Abolición de los Castigos Corporales, de 1997 (Sudáfrica).

³² En respaldo de esa aseveración, la Corte Interamericana mencionó las siguientes fuentes en la nota al pie de página No. 24 de la sentencia que dictó en el

34. Bahamas sigue siendo uno de los Estados que mantienen los castigos corporales, según lo dispuesto por su Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal. Teniendo en cuenta la gama de precedentes judiciales arriba mencionados, la Comisión considera que el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal (en la medida en que autoriza los castigos corporales judiciales es francamente incompatible con las obligaciones internacionales por las que el Estado debe proteger los derechos garantizados conforme a los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana. En el caso del Sr. Pinder, la Comisión debe considerar la cuestión de si los derechos de esa persona previstos en esos artículos han sido violados pese al hecho de que aparentemente hasta la fecha aún no se ha cumplido la sentencia de flagelación. A este respecto la Comisión recuerda que el Sr. Pinder fue condenado a ser flagelado mediante seis golpes asestados en dos series.

35. Aparte de la naturaleza del castigo corporal, la jurisprudencia considerada por la Comisión ha examinado en forma amplia dos componentes principales del castigo corporal judicial: a) la legislación y/o las sentencias judiciales internas que autorizan la aplicación de un castigo de ese género; b) las circunstancias de la aplicación real del castigo corporal; unas y otras violan parámetros internacionales de derechos humanos. Aunque la Comisión

Caso Caesar (*supra*): State c. Ncube 1987 (2) ZLR 246 (SC); 1988 (2) SA 702 (Corte Suprema de Zimbabwe); Corte de Primera Instancia de las Antillas Neerlandesas, citada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, Informe al Gobierno de los Países Bajos sobre la visita a las Antillas Neerlandesas, del 7 al 11 de diciembre de 1997, 10 de diciembre de 1998, CPT/Inf (98)17 Parte 1, pág. 10; y Hope c. Pelzer, 122 S. Ct. 2508, No. 01-309, Corte Suprema de los Estados Unidos de América 122 S. Ct. 2508; Gates c. Collier 501 F.2d 1292, pág. 1306 (5th Cir.); *ex parte* Procurador General de Namibia, In re Corporal Punishment by Organs of the State, 1991 (3) SA 76 (Corte Suprema de Namibia), pág. 95F; State c. Williams and Others, 1995 (3) SA 632 (Corte Constitucional de Sudáfrica), párrafo 11; Simon Kyamanywa c. Uganda, Referencia Constitucional No. 10/2000, 1 de diciembre de 2001 (Corte Constitucional de Uganda); Naushad Ali c. State, Apelación Criminal No. HAA 0083/2001L, 21 de marzo de 2002 (Alta Corte de Fiji); y John Banda c. The People, HPA/6/1998 (Alta Corte de Zambia).

no tiene ante sí pruebas de que el Sr. Pinder realmente haya sido objeto de castigos corporales, el cuerpo considera que la jurisprudencia establece en forma tangible que la mera expectativa de ser flagelado está comprendida dentro de los parámetros de los componentes inhumanos y degradantes del castigo corporal judicial. Por castigo corporal no se entiende únicamente al hecho de sufrir dolor o humillación reales en virtud de la flagelación, sino también el padecimiento mental que experimenta quien está a la expectativa de la flagelación. Sobre la base de la información que tiene ante sí la Comisión puede inferirse que el Sr. Pinder ha estado condenado a flagelación durante casi una década desde que fue declarado culpable, el 28 de julio de 1997, y que por lo tanto ha estado a la expectativa de que se le inflija un castigo corporal durante todo ese período. Tal como se reconoció en los casos *Caesary Tyrer*, la demora entre la sentencia y la ejecución es un factor que contribuye a causar o agravar el sufrimiento de una persona condenada a sufrir un castigo corporal. En el caso del Sr. Pinder, la Comisión considera que esa situación se ve agravada aún más por el hecho de que esa persona ha sido condenada a ser flagelada mediante dos series de golpes. En ese contexto el Sr. Pinder tiene que estar a la expectativa, no meramente de una única aplicación de un castigo corporal, sino de dos episodios discretos de ese género.

36. Por lo tanto, en virtud de todas las circunstancias del caso, la Comisión concluye que el Estado, al autorizar y en última instancia imponer una pena de castigo corporal judicial al Sr. Pinder, violó los derechos que reconocen a este último los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana, en detrimento de esa persona.

3. Otras aseveraciones de la peticionaria con respecto a los artículos XI, XVIII, y XXVI de la Declaración Americana

37. La peticionaria sostiene que la pena de castigo corporal en cuestión constituye asimismo una violación del artículo XI de la Declaración Americana. Dadas las conclusiones anteriores a las que ha llegado, la Comisión no cree necesario considerar la cuestión ni pronunciarse sobre la misma.

38. La peticionaria ha sostenido también que el juez que dictó la sentencia incurrió en violación de los derechos que reconocen al Sr. Pinder los artículos XVIII y XXVI de la Declaración, ya que a) no le hizo saber que estaba considerando la posibilidad de imponer una pena consistente en un castigo corporal ni le dio la oportunidad de cuestionarla, y b) no se informó sobre el carácter o los antecedentes del Sr. Pinder, privando así a éste de “una sentencia individualizada”.

39. Análogamente, la Comisión no cree necesario considerar la cuestión de si el juez que dictó sentencia debió brindar a Pinder la oportunidad de ser oído antes de imponerle una pena de castigo corporal, ya que a juicio de la Comisión el castigo corporal judicial es totalmente contrario a las normas internacionales sobre derechos humanos y por lo tanto no constituye ni nunca podrá constituir una alternativa penal apropiada, independiente de las circunstancias o de las personas en cuestión.

V. CONCLUSIONES

40. En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que anteceden, y a falta de respuesta del Estado, la Comisión concluye:

41. Que el Estado violó los derechos que reconocen al Sr. Prince Pinder los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al autorizar que se le imponga una pena corporal judicial conforme al Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal y condenarlo a sufrir seis azotes, en dos series de tres.

VI. RECOMENDACIONES

43. En virtud del análisis y de las conclusiones contenidos en el presente informe,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS RECOMIENDA AL ESTADO DEL
COMMONWEALTH DE BAHAMAS:

1. Que otorgue a Prince Pinder un recurso efectivo que comprenda a) la conmutación de la pena de castigo corporal judicial y b) rehabilitación.

2. Que adopte las medidas legales o de otro género que puedan ser necesarias para abolir el castigo de la flagelación previsto en el Estatuto (de Medidas Punitivas) de la Legislación Penal de ese país, de 1991.

VII. PUBLICACIÓN

43. De conformidad con el artículo 43 de su Reglamento, la Comisión transmitió el contenido de este informe, adoptado como Informe N° 71/06, al Estado y a los Peticionarios mediante comunicaciones fechadas el 17 de noviembre de 2006. Se concedió al Estado un plazo de dos meses para que informara a la Comisión sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones de la Comisión. Mediante una nota del 20 de noviembre de 2006, el Estado acusó recibo de la comunicación de la Comisión. Sin embargo, desde entonces, el Estado no ha informado sobre las medidas que ha adoptado para cumplir con las recomendaciones de la Comisión en el plazo establecido por la Comisión.

44. Conforme a las consideraciones anteriores, y ante la ausencia de una respuesta (excepto el acuso de recibo) por parte del Estado al Informe N° 71/06, la Comisión, de conformidad con el artículo 45.3 de su Reglamento, decide ratificar las conclusiones y reiterar las recomendaciones contenidas en este Informe, publicar este Informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión, de conformidad con las normas contenidas en los instrumentos que rigen su mandato, seguirá evaluando las medidas adoptadas por el Estado del Commonwealth de las Bahamas con respecto a las recomendaciones anteriormente mencionadas hasta que el Estado las haya cumplido.

Grupos de detenidos susceptibles de sufrir abusos sexuales y la detención en el contexto de las medidas de lucha contra el terrorismo y el estado de excepción

Consejo de Derechos Humanos
Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria
A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008

[...] B. Grupos de detenidos susceptibles de sufrir abusos sexuales

55. El Grupo de Trabajo es consciente de que determinados grupos vulnerables de detenidos y presos son especialmente susceptibles a la violencia sexual por parte de otros reclusos y del personal penitenciario, en particular las mujeres jóvenes, los menores, los no ciudadanos, los pobres, los discapacitados mentales, los indígenas y los hombres vulnerables. Esta lista no es exhaustiva. El Grupo de Trabajo ha formulado observaciones relativas a esta tendencia particularmente inquietante durante algunas de sus misiones a los países. Ha recibido información verosímil según la cual algunas mujeres y menores son objeto de explotación y abusos sexuales por parte del personal penitenciario o de otros reclusos en los centros de detención. Partiendo de su experiencia, el Grupo de Trabajo puede confirmar que cuando los menores permanecen detenidos junto con adultos, son objeto de abusos sexuales casi sistemática-

mente. Por lo que respecta a las mujeres, se ha notificado periódicamente que miembros corruptos del personal penitenciario facilitan las relaciones sexuales entre hombres y mujeres detenidos, o que los mismos miembros del personal penitenciario tienen relaciones sexuales con mujeres detenidas a cambio de un trato de favor. Esto constituye un grave motivo de preocupación y es una forma particularmente abominable de corrupción cuando incluso la puesta en libertad puede depender de los favores sexuales que se otorguen a la policía, los funcionarios de inmigración o las autoridades penitenciarias. Esta constatación puede aplicarse al ejemplo de una mujer joven entrevistada por el Grupo de Trabajo durante una de sus visitas, que estaba detenida y a la espera de ser expulsada y que notificó que había recibido ofertas de funcionarios del centro de detención para permanecer en el país a cambio de servicios sexuales.

56. Esas situaciones quedan inequívocamente comprendidas en el mandato del Grupo de Trabajo, en la medida en que predominan una falta estructural de procedimientos jurídicos, la inexistencia o inobservancia de criterios jurídicos que rijan la privación de libertad y una cultura de impunidad para los autores de abusos. En el supuesto de que funcionarios encargados de los centros de detención ofrezcan a las víctimas la posibilidad de ser excarceladas a cambio de servicios sexuales, tal situación estaría asimismo comprendida en el ámbito del mandato del Grupo de Trabajo. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Grupo de Trabajo desea señalar a la atención del Consejo el panorama completo de las denuncias recibidas y las observaciones formuladas.

57. En este contexto, el Grupo de Trabajo reitera la obligación de los Estados de proteger a las personas que se encuentran detenidas de las agresiones y los abusos cometidos por otros detenidos. Es imperativo atribuir locales totalmente separados a las mujeres en las instituciones en que se admitan a personas de ambos sexos, en caso de que no sea posible recluir a las mujeres en instituciones separadas, y mantener a los reclusos menores de edad separados de los adultos, como se establece, por ejemplo, en el párrafo 8 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. La obligación de amparar el derecho a la protección contra la violencia es aún

más evidente cuando se trata de abusos cometidos por autoridades estatales.

58. El Grupo de Trabajo considera que si el sistema penitenciario funciona adecuadamente, no se constatarán abusos. Cuando los haya, un procedimiento de denuncia eficaz velará por que los autores no queden impunes, y un sistema penitenciario eficiente y dotado de personal profesional garantizará la prevención de esos incidentes en el futuro. Teniendo en cuenta lo anterior, el Grupo de Trabajo desearía destacar la importancia de un sistema penitenciario bien organizado y dotado de personal bien capacitado.

C. La detención en el contexto de las medidas de lucha contra el terrorismo y el estado de excepción

59. El Grupo de Trabajo pide a los Estados que se abstengan de apoyar directa o indirectamente, o de tolerar de otra forma, la presencia en su territorio de organizaciones terroristas o de personas que planifiquen o preparen acciones terroristas en el extranjero, y acoge con satisfacción las medidas adoptadas para combatir el terrorismo internacional. No obstante, sigue siendo motivo de preocupación para el Grupo de Trabajo la tendencia constante a la privación de libertad en algunos países que abusan del estado de excepción o de la suspensión de las garantías constitucionales, invocan facultades excepcionales típicas de los estados de excepción sin una declaración oficial previa, recurren al ejército y a los tribunales especiales o excepcionales, incumplen el principio de proporcionalidad entre el rigor de las medidas adoptadas y la situación real en ese momento y emplean definiciones imprecisas de los delitos, supuestamente con el objeto de proteger la seguridad del Estado y luchar contra el terrorismo.

1. Situaciones que ilustran las preocupaciones del Grupo de Trabajo

60. El Grupo de Trabajo ha considerado arbitraria en varias opiniones y decisiones¹⁵ la detención de personas que estuvieron o han estado detenidas de manera preventiva durante un período de

¹⁵ Opiniones Nos. 21/2007, 22/2007 y 24/2007 (que se publicarán en el próximo informe anual), Opiniones Nos. 3/2007, 6/2007 y 9/2007 (adición 1 al presente

tiempo considerable, que en algunos casos se ha prolongado durante más de 13 años, sin acusación ni juicio previos en Estados que invocan leyes de emergencia y, presuntamente, en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Las personas afectadas permanecen detenidas a pesar de existir una o incluso múltiples decisiones adoptadas por varios tribunales para ordenar su liberación. En esos casos, el ejecutivo hizo simplemente caso omiso de las resoluciones de los tribunales o dictó una nueva orden de detención administrativa, tras la cual las personas afectadas fueron inmediatamente detenidas de nuevo.

61. Otros casos de los que el Grupo de Trabajo se ha ocupado en el contexto de la lucha antiterrorista y en virtud de las facultades excepcionales que llevan consigo los estados de excepción afectan, por ejemplo, a las órdenes de detención administrativa potencialmente indefinida dictadas al parecer por motivos de seguridad¹⁶; o la detención por motivos de seguridad ordenada o legitimada por un tribunal de justicia en cuyo caso, sin embargo, las personas imputadas posteriormente de un delito no estaban en condiciones de defenderse eficazmente puesto que las pruebas de la acusación se mantuvieron en secreto invocando la necesidad de proteger el Estado¹⁷; la detención de inmigrantes sospechosos de representar una amenaza terrorista¹⁸; o la detención ordenada en juicios por tribunales especiales sin las garantías de un juicio imparcial¹⁹.

62. El Grupo de Trabajo se muestra además preocupado por la tendencia general en algunos Estados a aplicar antiguas leyes de seguridad adoptadas para combatir amenazas específicas, que han permanecido en vigor después de la desaparición de aquella

informe), Opinión N° 5/2005 (E/CN.4/2006/7/Add.1), Decisión N° 45/1995 (E/CN.4/1997/4/Add.1), y Decisión N° 61/1993. Véase también la Opinión N° 3/2003 (E/CN.4/2004/3/Add.1).

¹⁶ E/CN.4/2006/7/Add.2, párrs. 84 y 85.

¹⁷ Opinión N° 43/2006 (adición 1 al presente informe), Opinión N° 26/2007 (se publicará en el próximo informe anual).

¹⁸ Opinión N° 37/2007 (se publicará en el próximo informe anual).

¹⁹ Opinión N° 8/2007 (adición 1 al presente informe).

situación concreta. En la actualidad, algunos gobiernos han recurrido a ellas para mantener en detención preventiva sin investigación, imputación o enjuiciamiento previos por parte de los tribunales a políticos de la oposición, intelectuales, sindicalistas, activistas de derechos humanos o incluso personas que han cometido delitos de menor gravedad, calificándolos de extremistas, militantes o anormales.

63. Acontecimientos recientes han revelado una vez más la importancia de las preocupaciones del Grupo de Trabajo y de algunas de las recomendaciones formuladas anteriormente por él. Todavía se siguen declarando estados de excepción que entrañan la suspensión del orden constitucional, en particular de derechos y libertades fundamentales. Durante la imposición de un estado de excepción se procede a la detención o el arresto domiciliario de magistrados, abogados y miembros de los colegios de abogados, defensores de derechos humanos y políticos de la oposición. Algunos han permanecido en régimen de incomunicación en lugares de detención secretos donde corrían el riesgo de ser sometidos a malos tratos. Además, se informó al Grupo de Trabajo de casos en los que se habían modificado leyes militares por decreto durante los estados de excepción a fin de facultar a los tribunales militares para enjuiciar a civiles por delitos muy diversos y, en algunos casos, con efecto retroactivo.

2. Preocupaciones

64. El Grupo de Trabajo reitera sus preocupaciones y recuerda que siempre ha considerado que los estados de excepción son una causa subyacente de las detenciones arbitrarias, y recomendó que se evitara declararlos. Habida cuenta de las frecuentes detenciones arbitrarias que se producen en esas situaciones, el Grupo de Trabajo desearía recordar a los gobiernos que los estados de excepción pueden imponerse únicamente en el marco de un estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad. Toda medida adoptada en virtud de dicho principio, incluida la suspensión y la restricción de derechos y libertades fundamentales que se pueden dejar sin efecto, deben tener también un objetivo legítimo y ser necesarias

y adecuadas al objetivo que se desea alcanzar²⁰. Cualquiera que sea la amenaza, bajo ningún concepto podrán prolongarse indefinidamente las detenciones fundadas en la legislación de excepción. El Grupo de Trabajo otorga especial importancia a la existencia de mecanismos eficaces de control interno de la legalidad de la detención. Asimismo, el Grupo considera el recurso del hábeas corpus como uno de los más eficaces para prevenir y combatir la detención arbitraria, por lo que no debe suspenderse ni dejarse sin efecto en situaciones en las que se declare el estado de excepción.

65. La ampliación de la jurisdicción militar a fin de juzgar a civiles aplicando disposiciones con efecto retroactivo durante los estados de excepción afecta inevitablemente a los derechos a las debidas garantías procesales y a un juicio imparcial consagrados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Basándose en su experiencia, el Grupo de Trabajo siempre ha abordado con cautela la cuestión de las jurisdicciones militares o especiales en general y la ampliación de esas jurisdicciones a los civiles en particular. El Grupo de Trabajo ha actuado así debido a que, en casi todos los casos, los tribunales militares entrañan un elevado riesgo de arbitrariedad, por los procedimientos aplicables y el carácter corporativo de su composición. Con demasiada frecuencia, todos ellos dan la impresión de aplicar un doble rasero, en función de si el imputado es un civil o un miembro del ejército.

66. El Grupo de Trabajo entiende que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no excluye los juicios celebrados ante tribunales militares, en la medida en que se garanticen todos los criterios de un juicio imparcial establecidos en el artículo 14. No obstante, en su opinión los Estados deben justificar de forma objetiva y creíble el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares. Esos juicios sólo pueden celebrarse si los tribunales civiles no están facultados para enjuiciar a un tipo concreto de

²⁰ Observación general N° 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, en particular los párrafos 4 y 5.

personas o de delitos. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares especiales debe ser excepcional²¹.

67. Por lo que respecta a los Estados que no han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Grupo de Trabajo coincide con el análisis jurídico realizado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 29²². En él se afirma acertadamente que, además de los derechos enumerados en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay otros derechos que no admiten suspensión incluso durante el estado de excepción, como el derecho a iniciar un procedimiento ante un tribunal para que éste decida sin demora sobre la legalidad de la detención. En opinión del Grupo de Trabajo, esas garantías representan normas imperativas de derecho internacional (consuetudinario), de manera que vinculan también a los Estados que no son partes en el Pacto.

68. Análogamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³ llegó a la conclusión de que el procedimiento del hábeas corpus se encontraba entre los recursos judiciales esenciales para la protección de diversos derechos. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que el procedimiento para decidir sobre la legalidad de la detención debía plantearse ante un tribunal que fuese independiente de la autoridad ejecutiva que hubiera ordenado la detención, en particular en situaciones de emergencia en las que se practicaban detenciones administrativas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado igualmente el requisito de que la revisión de la legalidad de la detención sea efectuada por un órgano independiente del poder ejecutivo.

²¹ Observación general N° 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 22.

²² Observación general N° 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 4 (estados de excepción), párr. 16.

²³ Opinión consultiva OC-8/87, El hábeas corpus en situaciones de emergencia (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Opinión consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en los estados de excepción (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

D. Registros de detenidos y competencias en materia de excarcelación

69. Durante sus recientes misiones a países de América Latina y África, el Grupo de Trabajo pudo observar la inexistencia de sistemas de registro operacionales en los centros de detención. En algunos centros se utilizaban registros distintos para las diferentes etapas de la detención. Inquietó particularmente al Grupo de Trabajo que, en casos excepcionales, los nombres de detenidos que habían sido entrevistados durante las visitas a los centros de detención no aparecieran en ningún registro. Es evidente que el mantenimiento adecuado de un libro de registro es fundamental para evitar las desapariciones, el abuso de poder con fines de corrupción y las detenciones que se prolongan excesivamente más allá del plazo autorizado, que equivalen a detenciones arbitrarias carentes de base jurídica. [...]

La definición y características del crimen de desaparición forzada

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Comentarios Generales del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones
Forzadas o Involuntarias
10 de enero de 2008, 21 de diciembre de 2009

La definición de desaparición forzada
Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones
Forzadas o Involuntarias
10 de enero de 2008

[...] 26. Como resultado del desarrollo del derecho internacional, en particular con respecto a la definición de desapariciones forzadas, el Grupo de Trabajo decidió redactar un comentario general que permitiese formular la definición de desaparición forzada más idónea para proteger a todas las personas contra las desapariciones forzadas. En marzo de 2007, durante su 81º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente comentario general:

Preámbulo

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias se ha referido en el pasado al alcance de la definición de desapariciones forzadas en el marco de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en lo sucesivo la “Declaración”), en participar en su observación general sobre el artículo 4 de la Declaración.

Según la Declaración, se producen desapariciones forzadas cuando se arresta, detiene o traslada contra su voluntad a las personas o éstas resultan privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

El Grupo de Trabajo ha seguido estrechamente el desarrollo de la legislación internacional de derechos humanos sobre esta cuestión, en particular con respecto a la definición de desapariciones forzadas que figura en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo el “Estatuto de Roma”) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada recientemente pero que todavía no ha entrado en vigor (en lo sucesivo la “Convención Internacional”), así como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en lo sucesivo la “Convención Interamericana”).

El Grupo de Trabajo toma nota de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos mencionados, es decir, la Declaración, la Convención Internacional y la Convención Interamericana contienen definiciones de desapariciones forzadas que son muy similares. La definición contenida en el Estatuto de Roma difiere de las que figuran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos indicados en la medida en que la definición de desapariciones forzadas del Estatuto de Roma incluye: a) grupos políticos como autores potenciales del delito, aunque no actúen en nombre o con el apoyo directo o indirecto, el consentimiento o aquiescencia del Gobierno; y b) la intención de sustraer a la víctima al amparo de la ley por un período prolongado, como un elemento del delito.

El Grupo de Trabajo estima que debe dar a la definición que figura en la Declaración la interpretación más idónea para proteger a todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Sobre la base de lo que precede, el Grupo de Trabajo ha decidido formular el siguiente comentario general.

Comentario general

1. Por lo que respecta a los autores del delito, el Grupo de Trabajo ha determinado claramente que, a efectos de su labor, las desapariciones forzadas sólo se consideran tales cuando el acto en cuestión lo cometen agentes estatales o particulares o grupos organizados (por ejemplo grupos paramilitares) que actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia.

2. El Grupo de Trabajo está de acuerdo con las disposiciones del artículo 3 de la Convención Internacional en el sentido de que los Estados tomarán las medidas apropiadas para investigar los actos equiparables a las desapariciones forzadas cometidos por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y procesar a los responsables.

3. El Grupo de Trabajo ha manifestado en su observación general sobre el artículo 4 de la Declaración que, aunque los Estados no están obligados a seguir estrictamente en sus códigos penales la definición contenida en la Declaración, se asegurarán de que el acto de la desaparición forzada se defina de forma que lo distinga claramente de otros delitos afines, como el rapto o el secuestro.

4. Sobre la base de lo que precede, el Grupo de Trabajo no admite los casos relativos a actos similares a las desapariciones forzadas cuando se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto, el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, como los movimientos terroristas o insurgentes, que combaten al Gobierno en su propio territorio, ya que considera que debe respetar estrictamente la definición que figura en la Declaración.

5. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene como consecuencia sustraer a la víctima de la protección de la ley. Así pues, el Grupo de Trabajo admite casos de desaparición forzada sin exigir que la información en que una fuente denuncia un caso demuestre o pre-

suma la intención del autor de sustraer a la víctima a la protección de la ley.

6. En los casos en que el Grupo de Trabajo recibe informes de desapariciones forzadas en que la víctima ya ha aparecido muerta, el Grupo de Trabajo, de acuerdo con sus métodos de trabajo no admitiría el caso para transmitirlo al Gobierno respectivo, ya que se trataría de un caso *ab initio*. En realidad, según sus métodos de trabajo, la aclaración se produce cuando se demuestra claramente el paradero de la persona desaparecida, independientemente de que la persona esté viva o muerta. Sin embargo, esto no significa que estos casos no respondan a la definición de desaparición forzada que figura en la Declaración, si la privación de libertad tuvo lugar: a) contra la voluntad de la persona interesada; b) con la participación de agentes del Gobierno, al menos indirectamente o con su aquiescencia; y c) los agentes del Gobierno se niegan posteriormente a reconocer el hecho o a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Esto significa que de acuerdo con el mandato del Grupo de Trabajo relativo a la supervisión de la aplicación de la Declaración, estos informes pueden transmitirse al Gobierno en cuestión con arreglo al método de “denuncias generales”, pero no con arreglo al procedimiento de urgencia ni con arreglo al “procedimiento ordinario”, en el sentido en que se utilizan estos términos en los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo. Con arreglo al método de las denuncias generales, el Grupo de Trabajo invitaría a los gobiernos interesados a comentar las medidas que deben adoptarse en virtud de la Declaración para investigar estos casos, procesar a los autores, respetar el derecho a una indemnización adecuada y también adoptar medidas para poner fin e impedir las desapariciones forzadas.

7. Conforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad.

8. Aunque el Grupo de Trabajo en su observación general sobre el artículo 10 de la Declaración ha mantenido que cualquier detención que se prolongue indebidamente constituye una violación de la Declaración, esto no significa que la Declaración permita una detención breve, ya que el Grupo de Trabajo aclara inmediatamente que una detención, en que no se formulen cargos contra el detenido para que pueda comparecer ante la autoridad judicial, constituye una violación de la Declaración.

9. Como el Grupo de Trabajo indicaba en la misma observación general la detención administrativa o preventiva, *per se*, no constituye una violación del derecho internacional o de la Declaración. Sin embargo, si la detención, aunque sea por breve tiempo, va seguida de una ejecución extrajudicial, esta detención no puede considerarse administrativa o preventiva en virtud del artículo 10 de la Declaración, sino más bien como una situación cuya consecuencia inmediata es sustraer al detenido a la protección de la ley. El Grupo de Trabajo considera que cuando el cadáver de la víctima aparece mutilado o con claros indicios de haber sido torturada, o con los brazos o piernas atados, estas circunstancias indican claramente que la detención no fue seguida inmediatamente de una ejecución, sino que la privación de libertad duró algún tiempo, al menos algunas horas o días. Una situación de esta naturaleza no sólo constituye una violación del derecho a no ser objeto de desaparición, sino también del derecho a no ser sometido a torturas, del derecho al reconocimiento como persona ante la ley y del derecho a la vida, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración.

10. En consecuencia, una detención seguida de una ejecución extrajudicial como la descrita en el párrafo anterior constituye una desaparición forzada en sentido propio, siempre que esa detención o privación de libertad la hayan realizado agentes gubernamentales, de cualquier sector o nivel, o grupos organizados o particulares que actúen en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia, y que con posterioridad a la detención o incluso después de haberse llevado a cabo la ejecución, se nieguen a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que el acto se haya cometido en absoluto." [...]

Las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad

Informe del Grupo de Trabajo sobre las

Desapariciones Forzadas o Involuntarias

21 de diciembre de 2009

[...] 39. De resultas de la evolución del derecho internacional, el Grupo de Trabajo está elaborando una serie de comentarios generales, entre otros sobre las desapariciones forzadas como un delito continuo y una violación continua de los derechos humanos. En 2009, el Grupo de Trabajo finalizó el comentario general siguiente sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, que se aprobó en su 87º período de sesiones.

Preámbulo

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 se afirma la vinculación entre las desapariciones forzadas y los crímenes de lesa humanidad. En el párrafo cuarto de su preámbulo, se declara que la “práctica sistemática [de las desapariciones forzadas] representa un crimen de lesa humanidad”. El Grupo de Trabajo considera que esta disposición debe ser interpretada a la vista de los acontecimientos jurídicos que han tenido lugar desde 1992.

En virtud de lo expuesto, el Grupo de Trabajo ha decidido redactar el siguiente comentario general.

Comentario general

1. El concepto de crímenes de lesa humanidad ha sido reconocido por el derecho internacional desde hace mucho tiempo. La vinculación entre las desapariciones forzadas y los crímenes de lesa humanidad fue explícitamente reconocida por la resolución 666 (XIII-0/83) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, de 1983, que describía la práctica de las desapariciones forzadas *per se* como un crimen de lesa humanidad; dicho de otra forma: cualquier acto de desaparición forzada es considerado, de conformidad con ese texto, como un crimen de lesa humanidad.

2. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, reafirma, en el párrafo sexto de su preámbulo,

que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”.

3. El artículo 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, de 1996, define los crímenes de lesa humanidad de la siguiente manera: “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes”; esta definición es aplicable a todos los crímenes enumerados en el artículo, entre los cuales figuran las desapariciones forzadas.

4. El párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional, de 1998, también ofrece una definición general del concepto de crímenes de lesa humanidad, aplicable a todos los crímenes indicados en el mencionado párrafo, incluidas las desapariciones forzadas. Esta definición contiene diversos criterios: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

5. En el artículo 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, se dispone lo siguiente: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

6) Esta disposición, aunque recuerda los criterios que son similares a los enunciados en el proyecto de código de la Comisión de Derecho Internacional, al mencionar el “crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable” está de hecho refiriéndose esencialmente a otros instrumentos o fuentes del derecho internacional. Los *travaux préparatoires* confirman que los Estados no pretendían definir las desapariciones forzadas como un crimen de lesa humanidad, sino principalmente recordar que, de acuerdo con otros instrumentos y fuentes del derecho internacional, esta era una calificación aceptada.

7. Sobre la base tanto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales como del Estatuto de la Corte Penal Internacional, puede observarse que los crímenes de lesa humanidad son crímenes cometidos en un contexto. Dicho de otro modo, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por sus elementos contextuales. Estos elementos específicos son los que permiten diferenciar, por ejemplo, un asesinato calificado como un delito común de un asesinato que constituye un crimen de lesa humanidad.

8. Consideraciones parecidas se aplican a las desapariciones forzadas, que sólo pueden calificarse de crímenes de lesa humanidad cuando se cometen en un contexto determinado.

9. Así pues, el párrafo cuarto del preámbulo de la Declaración de 1992 ha dejado de estar en consonancia con el derecho internacional vigente. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y los tribunales mixtos, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ofrecen muestras convincentes del derecho internacional vigente en esta materia.

10. La jurisprudencia de los dos tribunales penales internacionales especiales viene dada, entre otros, por el fallo de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Kunarac y otros* (12 de junio de 2002, IT-96-23 y 23/1-A, véanse los párrafos 71 a 105), en el cual la Sala de Apelaciones consideró que los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad eran los siguientes:

- a) Que hubiera tenido lugar un “ataque”;
- b) Que el ataque estuviera dirigido contra cualquier población civil;
- c) Que el ataque hubiera sido generalizado o sistemático;
- d) Que el autor tuviera conocimiento del ataque.

11. Estos mismos elementos se repiten en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que dice así: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

12. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido ratificado por más de 100 países. En una decisión histórica, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional se refirió con frecuencia al fallo *Kunarac* para interpretar el párrafo 1 del artículo 7 (*El fiscal c. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, N° ICC-02/05-01/07, decisión sobre el requerimiento fiscal con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 del Estatuto, 27 de abril de 2007, párrs. 60 a 62).

13. Debe observarse también que el párrafo 1 del artículo 7 ha sido incorporado a los estatutos de otros tribunales internacionales y mixtos, incluido el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor-Leste y las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya.

14. El Grupo de Trabajo está, por lo tanto, convencido de que la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional refleja actualmente el derecho internacional consuetudinario y puede, por consiguiente, utilizarse para interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración.

15. En caso de presentarse denuncias de desapariciones forzadas que pudieran constituir crímenes de lesa humanidad, el Grupo de Trabajo evaluará esas denuncias a la luz de los criterios enumerados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma, tal y como estos son interpretados por los tribunales internacionales y mixtos y, llegado el caso, las remitirá a las autoridades competentes, ya sean internacionales, regionales o nacionales. [...]

La desaparición forzada como un crimen continuo^{1*}

Preámbulo

Con el fin de centrar la atención de los Estados más eficazmente sobre las obligaciones pertinentes derivadas de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones

^{1*} Documento tomado de la página web del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

Forzadas, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias decidió adoptar comentarios generales sobre aquellas disposiciones de la Declaración que podrían necesitar mayor explicación.

El siguiente Comentario General complementa el anterior sobre el artículo 17 de la Declaración, acerca de la interpretación de la naturaleza continua del crimen de desaparición forzada.

En el derecho internacional *“La violación de una obligación internacional mediante un acto de un Estado, de carácter continuo, se extiende a lo largo de todo el período durante el cual el hecho continúa y mantiene su falta de conformidad con las obligaciones internacionales”* (Artículos sobre Responsabilidad del Estado por actos ilícitos internacionalmente, resolución 56/83 de la Asamblea General, artículo 14 § 2) Varios tratados internacionales y tribunales internacionales, regionales y nacionales han reconocido que las desapariciones forzadas son actos continuos y crímenes continuos.

El artículo 17 § 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece lo siguiente: *“Todo acto de desaparición forzada será considerado como un delito continuo mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de personas desaparecidas”*.

Este carácter continuo de las desapariciones forzadas tiene consecuencias en lo que respecta a la aplicación del principio de no retroactividad, tanto en el derecho de los tratados como en el derecho penal.

El artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que:

“A menos que una intención diferente se desprenda del tratado o se establezca de otro modo, sus disposiciones no obligan a una Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que cesó de existir antes de la fecha de entrada en vigencia del tratado con respecto de dicha Parte”.

Es también una práctica de algunos Estados, al ratificar una convención, la de emitir una reserva que estipula que el tratado no se aplica a actos ocurridos antes de la entrada en vigencia del tratado para ese Estado.

Del mismo modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 11 § 2: *“Nadie deberá ser condenado de ningún delito penal por ningún acto u omisión que no constituya un delito penal, de conformidad con el Derecho nacional o internacional, en el momento en que fue cometido. Tampoco se deberá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento que el delito penal fue cometido”*. Con base en lo anterior, el Grupo de Trabajo ha decidido emitir este comentario general en los siguientes términos:

Comentario General

Las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende durante todo el período de tiempo que el crimen no se completa, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o divulga información relativa a la suerte o el paradero del individuo.

A pesar de que la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho al reconocimiento como persona ante la ley, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a la tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante, y de que también viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos. Aún cuando algunos aspectos de la violación pueden haberse completado antes de la entrada en vigencia del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación aún continúan, hasta que el destino de la víctima o su paradero están establecidos, el asunto debe conocerse y el acto no debe ser fragmentado.

Así, cuando una desaparición forzada inicie antes de la entrada en vigencia de un instrumento o antes de que el Estado específico acepte la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe después de la entrada en vigencia o la aceptación de la jurisdicción da a la institución la competencia y jurisdicción para considerar el acto de desaparición forzada como un todo, y no solamente como actos u omisiones imputables al Estado

subsecuente a la entrada en vigor del instrumento jurídico pertinente o a la aceptación de la jurisdicción.

El Grupo de Trabajo considera, por ejemplo, que cuando un Estado es reconocido como responsable de haber cometido una desaparición forzada que inició antes de la entrada en vigencia del instrumento jurídico pertinente, y que continuó después de su entrada en vigencia, el Estado debe ser considerado responsable de todas las violaciones resultantes de la desaparición forzada, y no sólo por violaciones que ocurrieron después de la entrada en vigencia del instrumento.

Del mismo modo, en el derecho penal, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que una consecuencia del carácter continuo de la desaparición forzada es la posibilidad de condenar a alguien por una desaparición forzada sobre la base de un instrumento legal que fue promulgado después de que la desaparición forzada se inició, sin perjuicio del principio fundamental de la no retroactividad. El crimen no se puede separar y la condena debe cubrir la desaparición forzada como un todo.

En la medida de lo posible, los tribunales y otras instituciones deberían considerar la desaparición forzada como un crimen continuo, o una violación de derechos humanos durante el tiempo que todos los elementos del crimen o la violación no se completan.

Cuando un estatuto o regla de procedimiento parezca afectar negativamente a la doctrina de violación continua, el órgano competente debería interpretar dicha disposición del modo más restrictivo posible, de manera que un recurso sea facilitado o que personas sean enjuiciadas por la perpetración de la desaparición.

Bajo el mismo espíritu, las reservas que excluyen la jurisdicción de dicho órgano por los actos u omisiones que se produjeron antes de la entrada en vigencia del instrumento jurídico pertinente o la aceptación de la competencia de la institución debe interpretarse de manera que no genere un obstáculo para hacer responsable a un Estado de una desaparición forzada que continúe después de esto.

El Derecho a la Verdad en relación con las desapariciones forzadas²*

Preámbulo

El derecho a la verdad -a veces llamado el derecho a saber la verdad- en relación con las violaciones de los derechos humanos es ampliamente reconocido en el derecho internacional. Esto se refleja en los numerosos reconocimientos de su existencia a nivel internacional como un derecho autónomo, y a través de la práctica del Estado a nivel nacional. El derecho a la verdad no sólo es aplicable a las desapariciones forzadas. Sin embargo, este comentario general se refiere únicamente a las desapariciones forzadas en el contexto de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En el plano internacional, el derecho a la verdad sobre las desapariciones forzadas o las personas desaparecidas se reconoce en varios instrumentos. El artículo 32 del Protocolo I para las Convenciones de Ginebra establece “el derecho de las familias a conocer la suerte de sus familiares [desaparecidos]”. El artículo 24 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 establece:

“Cada víctima tiene el derecho a saber la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Miembro adoptará las medidas pertinentes a este respecto. “

La existencia del derecho a la verdad como un derecho autónomo fue reconocida por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (GTDFI) en su primerísimo informe (E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, § 187). También ha sido reconocido por varios otros órganos internacionales a nivel universal y regional (para la jurisprudencia pertinente, véase en particular el “Estudio sobre el derecho a la verdad”, informe de la Oficina de las Naciones Unidas del Alto Comisionado para los Derechos Humana-

² * Documento tomado de la página web del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

nos, E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006); por los órganos intergubernamentales, incluida la Comisión de Derechos Humanos y ahora, el Consejo de Derechos Humanos (véase 2 resoluciones 2005/66 del 20 de abril de 2005 de la Comisión; la decisión 2/105, 27 de noviembre de 2006; la resolución 09/11, 18 de septiembre de 2008, y la 12/12, 1 de octubre de 2009 del Consejo).

La existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional es aceptada por la práctica del Estado que consiste tanto en precedentes jurisprudenciales como por el establecimiento de diversos mecanismos de búsqueda de la verdad en el período posterior a graves crisis de derechos humanos, dictaduras o conflictos armados (véase el “Estudio sobre la derecho a la verdad”, op. cit.). Esos mecanismos, incluyendo la puesta en marcha de las investigaciones penales y la creación de “comisiones de la verdad” fueron diseñados para arrojar luz sobre violaciones pasadas y, en general, para facilitar la reconciliación entre los diferentes grupos.

El derecho a la verdad es a la vez un derecho colectivo e individual. Cada víctima tiene el derecho a saber la verdad sobre violaciones que le afectaron a él o ella, pero la verdad también debe exponerse a nivel de la sociedad a modo de “protección fundamental contra la repetición de violaciones”, como se afirma en el principio 2 del *Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad* (E/CN.4/2005/102/Add.1).

El Principio 3 de este documento especifica que el Estado tiene un “deber correlativo de preservar la memoria”:

“El conocimiento de un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, como tal, debe ser garantizado por medidas adecuadas en cumplimiento del deber del Estado de preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario y de facilitar el conocimiento de esas violaciones. Dichas medidas deberán estar encaminadas a preservar de la extinción la memoria colectiva y, en particular, a evitar el surgimiento de argumentos de revisionistas y negacionistas”.

El Principio 4 establece el “derecho de la víctima a saber” como un derecho individual:

“Independientemente de cualquier proceso legal, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad sobre las circunstancias en que dichas violaciones tuvieron lugar y, en caso de fallecimiento o desaparición, el destino de las víctimas.”

El Grupo de Trabajo ha recomendado a menudo que los Estados adopten medidas para promover la verdad, la reparación de las víctimas y la reconciliación en sus sociedades como medio de hacer efectivo el derecho a la verdad y el derecho a una reparación integral a las víctimas de desapariciones forzadas. Basándose en su experiencia, el Grupo de Trabajo ha reconocido que tales procesos son, a menudo, cruciales para garantizar la no repetición de las desapariciones forzadas, así como para aclarar los casos, por descubrir la verdad de la suerte o el paradero de personas desaparecidas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo también ha subrayado que la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desaparición forzada no puede ocurrir sin el esclarecimiento de cada caso individual.

La Declaración de 1992 sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas enumera una serie de obligaciones que se derivan del derecho a la verdad.

Con base en lo anterior, el Grupo de Trabajo ha decidido adoptar este comentario general en los siguientes términos:

Comentario General

1. El derecho a la verdad en materia de desapariciones forzadas significa el derecho a conocer los avances y resultados de una investigación, el destino o el paradero de los desaparecidos y las circunstancias de las desapariciones, y la identidad del perpetrador(es).

2. El derecho a la verdad en materia de desapariciones forzadas debe distinguirse claramente del derecho a la información y, en particular, del derecho de los familiares u otras personas con un interés legítimo, sus representantes o sus abogados, a obtener información sobre una persona que ha sido privada de su libertad. El derecho a la

información sobre el retenido, junto con los derechos no derogables de *habeas corpus*, se debe considerar como herramienta fundamental para prevenir la recurrencia de desapariciones forzadas.

3. El artículo 13 de la Declaración reconoce la obligación del Estado de investigar los casos de desapariciones forzadas. El párrafo 4 del artículo 13 especifica que “los resultados de tal investigación se harán disponibles por solicitud de todas las personas interesadas, salvo que con ello se obstaculice una investigación penal en curso”. A la luz de los acontecimientos que han ocurrido desde 1992, el Grupo de Trabajo considera que la restricción en la última parte de este párrafo debería interpretarse de forma restrictiva. De hecho, los familiares de las víctimas deben estar estrechamente vinculados con la investigación sobre un caso de desaparición forzada. La negativa de proporcionar la información es una limitación del derecho a la verdad. Esta limitación debe ser estrictamente proporcional a la única finalidad legítima: la de no obstaculizar una investigación penal en curso. La negativa de proporcionar cualquier información o a comunicarse con los familiares en absoluto, en otras palabras, a un rechazo general, es una violación del derecho a la verdad. Proporcionar información general sobre cuestiones de procedimiento, como el hecho de que el asunto se ha dado a un juez para su revisión, es insuficiente y debería ser considerado una violación del derecho a la verdad. El Estado tiene la obligación de permitir que cualquier persona interesada conozca las medidas concretas adoptadas para esclarecer la suerte y el paradero de la persona. Dicha información debe incluir las medidas adoptadas sobre la base de las pruebas aportadas por los familiares u otros testigos. Si bien las necesidades de una investigación penal pueden justificar la restricción en la transmisión de cierta información, debe existir un recurso en la legislación nacional para revisar dicha negativa para facilitar información a todas las personas interesadas. Esta revisión debería estar disponible en el momento de la primera negativa de proporcionar información y, posteriormente, de forma regular para garantizar que la razón de la necesidad de negar a comunicarse, invocada por la autoridad pública, continúe vigente.

4. El párrafo sexto del artículo 13 establece que: “Una investigación, de conformidad con los procedimientos descritos anteriormente, debe ser capaz de llevarse a cabo durante todo el tiempo que la suerte de la víctima de desaparición forzada no se haya aclarado”. La obligación de continuar la investigación mientras la suerte y el paradero de los desaparecidos no se haya aclarado es una consecuencia del carácter continuo de las desapariciones forzadas (véase el comentario general del Grupo de Trabajo sobre el artículo 17 y su comentario general sobre la desaparición forzada como una violación continuada de derechos humanos y un crimen continuo).

También deja claro que el derecho de los familiares a conocer la verdad de la suerte y el paradero de los desaparecidos es un derecho absoluto, no sujeto a ninguna limitación o derogación. Ningún propósito legítimo, o circunstancias excepcionales, puede ser invocado por el Estado para restringir este derecho. Este carácter absoluto también resulta del hecho de que la desaparición forzada provoca “angustia y dolor” (párrafo quinto del preámbulo de la Declaración) a la familia, un sufrimiento que alcanza el umbral de la tortura, como también resulta del artículo 1§2 de la misma Declaración que establece lo siguiente: “Cualquier acto de desaparición forzada (...) constituye una violación de las normas de derecho internacional que garantizan, (...) el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En este sentido, el Estado no puede restringir el derecho a saber la verdad sobre la suerte y el paradero de los desaparecidos ya que tal restricción sólo se suma a, y prolonga, la continua tortura infligida a los familiares.

5. Las principales obligaciones del Estado en el marco del derecho a la verdad son, principalmente, de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que la suerte y el paradero de la persona se han aclarado, la obligación de comunicar los resultados de estas investigaciones a las partes interesadas en las condiciones especificadas en el párrafo 3 de este comentario general, la obligación de proporcionar total acceso a los archivos, y la obligación de proporcionar plena protección a los testigos, familiares, jueces

y demás participantes en cualquier investigación. Existe una obligación absoluta de adoptar todas las medidas necesarias para encontrar a la persona, pero no hay obligación absoluta de resultado. De hecho, en algunos casos, la aclaración es difícil o imposible de alcanzar, por ejemplo, cuando el cuerpo, por diversas razones, no se puede encontrar. Una persona puede haber sido ejecutada sumariamente, pero los restos pueden no encontrarse porque la persona que enterró el cuerpo ya no vive y nadie más tiene información sobre la suerte de la persona. El Estado, de todas maneras, tiene la obligación de investigar hasta que se pueda determinar por presunción la suerte o el paradero de la persona.

En su comentario general sobre el artículo 19 (derecho a una indemnización), el Grupo de Trabajo dejó en claro que: “Por principio general, no se presumirá con oposición de la familia, que la víctima de una desaparición forzada haya fallecido.”

6. El derecho a saber la verdad sobre la suerte y el paradero incluye, cuando la persona desaparecida es declarada como muerta, el derecho de la familia a que los restos de sus seres queridos se les regresen, y a disponer de esos restos de acuerdo con su propia tradición, religión o cultura. Los restos de la persona deben estar claramente e indiscutiblemente identificados, incluso a través del análisis de ADN. El Estado, o cualquier otra autoridad, no debe realizar el proceso de identificación de los restos, ni debe disponer de esos restos, sin la plena participación de la familia y sin informar plenamente al público en general de dichas medidas. Los Estados deberían tomar las medidas necesarias para utilizar la ciencia forense y los métodos científicos de identificación al máximo de sus recursos disponibles, incluso mediante la asistencia y cooperación internacionales.

7. El derecho a saber la verdad sobre la suerte y el paradero también se aplica a los casos de niños que nacieron durante las desapariciones forzadas de sus madres, y que fueron posteriormente adoptados ilegalmente. El artículo 20 de la Declaración establece que tales actos de secuestro, así como el acto de alterar o suprimir los documentos que certifiquen su verdadera identidad, deberá constituir

un delito muy grave, que deberá ser castigado como tal". La misma disposición también establece que los Estados "deberán dedicar sus esfuerzos a la búsqueda e identificación de esos niños y la restitución de los niños a sus familias de origen". Es decir que la falsedad de la adopción debe ser descubierta. Tanto las familias de los desaparecidos como el menor tienen un derecho absoluto a conocer la verdad sobre su paradero. Sin embargo, el párrafo 2 del mismo artículo trata de garantizar ponderación en lo que respecta al asunto de si la adopción debe ser revisada. Este equilibrio, tomando en consideración el mejor interés del niño, no prejuzga el derecho de saber la verdad de la familia de origen o el paradero del niño.

8. El derecho a saber la verdad sobre las circunstancias de la desaparición, en cambio, no es absoluta. Las prácticas del Estado indican que, en algunos casos, el ocultar fragmentos de la verdad ha sido elegido para facilitar la reconciliación. En particular, la cuestión de si los nombres de los perpetradores deben ser expuestos como consecuencia del derecho a conocer la verdad sigue siendo controversial. Se ha argumentado que no es apropiado dar a conocer los nombres de los perpetradores en procesos tales como "comisiones de la verdad", cuando los culpables no se benefician de las garantías legales normalmente concedidas a las personas en los procesos penales, en particular el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, en virtud del artículo 14 de la Declaración, el Estado tiene la obligación de traer a cualquier persona que presuntamente haya cometido una desaparición forzada "ante las autoridades civiles competentes de dicho Estado para efectos de su procesamiento y juicio a menos que haya sido extraditado a otro Estado que desee ejercer su jurisdicción de conformidad con los acuerdos internacionales pertinentes en vigor.

Sin embargo, en su comentario general sobre el artículo 18 de la Declaración, el Grupo de Trabajo tomó nota de que la prohibición de la amnistía provista por el artículo 18 permitió "medidas de carácter limitado y excepcional, que conducen directamente a la prevención y terminación de las desapariciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Declaración, a pesar de que, *prima facie*,

estas medidas aparentarían tener el efecto de una ley de amnistía o medida similar que podría resultar en la impunidad”.

El Grupo de Trabajo continuó:

“En efecto, en los Estados en los que violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos se han producido como consecuencia del conflicto armado interno o de la represión política, las medidas legislativas que podrían conducir a encontrar la verdad y la reconciliación mediante el perdón pueden ser la única opción para terminar o prevenir las desapariciones”.

En otras palabras, las restricciones al derecho a la verdad no afectan al derecho a la justicia de las víctimas, es decir, la decisión de no divulgar los nombres de los perpetradores en un proceso de la verdad, no impide que un enjuiciamiento se produzca. Mientras tanto, el logro del derecho a la verdad puede resultar, en circunstancias excepcionales, en la limitación del derecho a la justicia, dentro de los estrictos límites contenidos en los párrafos 6 y 8 del comentario general del Grupo de Trabajo sobre el artículo 18 y teniendo en cuenta el párrafo 3-b de dicho comentario general. El Grupo de Trabajo recuerda en particular que: “El perdón sólo debe concederse después de que un auténtico proceso de paz o negociaciones de buena fe con las víctimas se han llevado a cabo, dando lugar a disculpas y expresiones de pesar por parte del Estado o de los perpetradores, y a garantías para evitar las desapariciones en el futuro” (comentario general sobre el artículo 18, § 8-b). Adicionalmente, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que tal limitación puede ocurrir cuando la desaparición forzada constituya un crimen de lesa humanidad (sobre la definición de las desapariciones forzadas como un crimen de lesa humanidad, ver el comentario general del GTDFI sobre este tema).

9. El derecho a la verdad implica que el Estado tiene la obligación de brindar el pleno acceso a la información disponible, lo que permite la búsqueda de las personas desaparecidas. El párrafo 2 del artículo 13 de la Declaración establece que la “autoridad competente [para investigar] tendrá las competencias y los recursos ne-

cesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación, incluida la facultad de exigir la comparecencia de testigos y la elaboración de los documentos pertinentes, y la realización de visitas inmediatas sobre el terreno”. Esta autoridad también debe poseer el poder para tener acceso completo a los archivos del Estado. Después de que las investigaciones se hayan completado, los archivos de la mencionada autoridad deben ser preservados y completamente accesibles para el público.

Por último, el derecho a la verdad también asegura que el Estado tiene la obligación de prestar la necesaria protección y asistencia a las víctimas, testigos y otras personas interesadas. La búsqueda de la verdad a menudo provoca a los perpetradores y a otros, que pueden tratar de evitar que la verdad se descubra al amenazar e incluso atacar a las personas que participan en una investigación. Así, el Estado tiene la obligación de asegurar una protección eficaz de las partes interesadas. El párrafo 3 del artículo 13 es muy claro cuando afirma que “deben tomarse medidas para garantizar que todos los involucrados en la investigación, entre ellos, el denunciante, el abogado, los testigos y quienes realicen la investigación, sean protegidos contra los malos tratos, intimidación o represalia”. En particular, el Estado puede establecer un programa de protección de testigos a través de una institución independiente.

La libertad personal: las detenciones ilegales y arbitrarias

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador
Sentencia de 21 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VII

ARTÍCULO 7 (DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL)¹² EN RELACIÓN CON LOS ARTÍ-

- ^{1*} La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.
- ^{2.} En lo pertinente, el artículo 7 de la Convención establece:
 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza,

CULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)³, Y 2
(DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)⁴
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

48. La Comisión alegó que se violó el derecho consagrado en el artículo 7 de la Convención en perjuicio del señor Chaparro, “ya que el modo o procedimiento seguido para su detención y posterior tratamiento [...] contradice [...] las disposiciones internas”, dado que se realizó “sin que hubiera pruebas que pudieran vincularlo al proceso, sin que se le [hubiera] muestra[do] orden de detención [...], ni que [...] fuera informado de las razones de la misma [y de] su derecho de asistencia consular[, ni tampoco] se le garantizó su derecho a una defensa técnica”. Asimismo, sostuvo que la detención del señor Lapo “fue realizada en circunstancias que no habilitaban una excepción a la necesidad de una orden judicial [...], sin que fuera informado de las razones de la misma y sin que se le garantizara el derecho a una defensa técnica”. Finalmente, la Comisión sostuvo que las dos víctimas fueron presentadas ante un policía y un fiscal, ambos sin potestad para ponerlos en libertad, y que sólo 23 días después de su detención fueron llevadas ante un juez, lo cual sería contrario a las disposiciones internas. De otra parte, indicó que permanecieron un tiempo excesivo en prisión preventiva, que los recursos interpuestos para impugnar su privación de libertad fueron inefectivos, y que el recurso de hábeas corpus “consagrado en

dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

³ El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴ El artículo 2 de la Convención dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

el artículo 28 de la Constitución [...] no es compatible con los requisitos del artículo 7[.6] de la Convención[,] ya que establece que el Alcalde, es decir una autoridad administrativa, es el encargado de resolver sobre la legalidad o ilegalidad del arresto”. Los representantes se adhirieron a estos alegatos.

49. El Estado alegó que las detenciones se realizaron bajo orden y estricto control judicial y en observancia de la ley interna, ya que la Jueza Décimo Segunda de lo Penal “coordinó y vigiló el operativo de detención y allanamiento de las personas y bienes que correspondían dentro de este caso”, desplazándose a “la vivienda del señor Chaparro, en compañía de oficiales de policía, para proceder con su detención” y dirigiéndose posteriormente a la fábrica Plumavit para allanarla y detener al señor Lapo. Para el Estado el operativo que llevó a la detención de las víctimas resultó razonable, dadas las labores de monitoreo, indagación de terceros y análisis previo, y además fue previsible y proporcional. Según el Estado, al momento de su detención los señores Chaparro y Lapo fueron informados de las razones de la misma, así como notificados de los cargos en su contra. Añadió que, pese a que en un principio existían graves presunciones de responsabilidad por tráfico de drogas en contra de las víctimas, en las siguientes instancias las pruebas resultaron determinantes para eximirlos de culpabilidad, “lo cual es perfectamente posible en un proceso penal”.

50. Para analizar la controversia, la Corte efectuará, primero, una apreciación general sobre el derecho a la libertad y seguridad personales. Luego se referirá a las alegadas ilegalidad y arbitrariedad de la privación de libertad de las víctimas; la supuesta falta de información, sin demora, de las razones de la detención; la supuesta inefectividad de los recursos interpuestos para controvertir sus detenciones, y finalmente, la alegada violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad.

A) El derecho a la libertad y seguridad personales

51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el

derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).

52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física⁵. Ahora

⁵ Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo, cuando consideró que “las palabras libertad y seguridad [...] se refieren a la libertad y seguridad físicas”. Cfr. *ECHR, Case of Engel and others v. The Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Applications Nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, para. 57. Traducción de la Secretaría de la Corte. El texto original en inglés es el siguiente: “in proclaiming the “right to liberty”, paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical

bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

54. Finalmente, la Corte resalta que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.

B) Ilegalidad de las detenciones de los señores Chaparro y Lapo

55. El artículo 7.2 de la Convención establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

56. Este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Valga reiterar que para esta Corte “ley” es una

norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes⁶.

57. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del

liberty of the person”.

⁶ Cfr. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. El análisis respecto de la compatibilidad de la legislación interna con la Convención se desarrollará al tratar el numeral 3 del artículo 7.

58. La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de los señores Chaparro y Lapo se realizaron conforme a la legislación ecuatoriana.

59. La Constitución Política del Ecuador vigente al momento de los hechos establecía en su artículo 22.19 que:

h) Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la Ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas [...].

i) Toda persona será informada inmediatamente de la causa de su detención.

60. El Código de Procedimiento Penal aplicable en el momento de la detención de las víctimas establecía:

Art. 170.- A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el Juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real.

Art. 171.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención y la prisión preventiva.

[...]

Art. 172.- Con el objeto de investigar la comisión de un delito, antes de iniciada la respectiva acción penal, el Juez competente podrá ordenar la detención de una persona, sea por conocimiento perso-

nal o por informes verbales o escritos de los agentes de la Policía Nacional o de la Policía Judicial o de cualquier otra persona, que establezcan la constancia del delito y las correspondientes presunciones de responsabilidad.

Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos:

- 1.- Los motivos de la detención;
- 2.- El lugar y la fecha en que se la expide; y,
- 3.- La firma del Juez competente.

Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un Agente de la Policía Nacional o de la Policía Judicial.

Art. 173.- La detención de que trata el artículo anterior no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, y dentro de este término, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad. En caso contrario, se iniciará el respectivo proceso penal, y si procede, se dictará auto de prisión preventiva.

61. La Corte analizará si los hechos del presente caso se ajustaron a la normativa interna señalada en los párrafos anteriores de la siguiente manera: a) la detención de los señores Chaparro y Lapo; b) la información de las razones de la detención, y c) la duración de la detención.

a) detención de los señores Chaparro y Lapo

62. Según un informe policial titulado “Operativo Rivera”, varias personas estaban utilizando la empresa de exportación de pescado “Mariscos Oreaña Maror” como “fachada” legal para realizar actividades de “tráfico internacional de droga”⁷. Según la Policía, para hacer el envío del alcaloide se utilizaban hieleras elaboradas en la fábrica Plumavit, de propiedad del señor Chaparro y en la que el señor Lapo trabajaba como gerente de planta⁸.

63. El 14 de noviembre de 1997, después de haber recibido un

⁷ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97 en relación con el “Operativo Rivera” emitido el 4 de diciembre de 1997 por dos oficiales investigadores de la Policía y dirigido al Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas (expediente judicial, cuerpos 15, 16 y 17, folios 3011, 3023 y 3024).

⁸ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97, *supra* nota 30, (folios 3018 a 3021).

parte del Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas informando sobre “la existencia de una organización narcodelictiva [...] que [tenía] planificado realizar un posible envío de droga a la ciudad de Miami”⁹, la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas ordenó la detención¹⁰ de trece personas, entre ellas, el señor Chaparro, con el objeto de que fueran investigadas “por la comisión del delito de tráfico internacional de drogas”¹¹. La respectiva boleta de detención fue girada ese mismo día¹². El 15 de noviembre de 1997, a las 16:25 horas, y en ejecución de la mencionada orden, la Policía Antinarcóticos del Guayas procedió a la detención del señor Chaparro, la cual se llevó a cabo en presencia de la Jueza¹³.

64. Al respecto, la Corte observa que la detención del señor Chaparro estuvo precedida por una orden de detención emitida dentro de una investigación criminal por una jueza competente, es decir, en concordancia con las disposiciones de derecho interno señaladas anteriormente. Por ello, en este punto no se violó el artículo 7.2 de la Convención Americana en perjuicio del señor Chaparro.

65. En lo que respecta al señor Lapo, el 14 de noviembre de 1997 la misma Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas ordenó el allanamiento de la fábrica Plumavit¹⁴, porque, a criterio de la Policía, era un inmueble utilizado por la “organización narcodelictiva”. Durante el allanamiento, llevado a cabo el 15 de noviembre de 1997, los agentes policiales procedieron a la detención de trece trabajadores de la fábrica, entre ellos, el señor Lapo¹⁵.

⁹ Cfr. parte informativo emitido por el Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas el 14 de noviembre de 1997 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 817).

¹⁰ Cfr. auto de detención del señor Chaparro y allanamiento a la fábrica Plumavit emitido por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas el 14 de noviembre de 1997, (expediente de anexos a la demanda, anexo 2, folios 822 y 823).

¹¹ Cfr. boleta de detención emitida el 14 de noviembre de 1997 por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas en contra del señor Chaparro (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 829).

¹² Cfr. boleta de detención emitida el 14 de noviembre de 1997, *supra* nota 34.

¹³ Cfr. parte informativo elevado al Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas el 15 de noviembre de 1997 (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 834).

¹⁴ Cfr. auto de 14 de noviembre de 1997, *supra* nota 33.

¹⁵ Cfr. parte de detención elevado al Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas el 15 de noviembre de 1997 (expediente judicial, cuerpo 1, folios 1310 y 1311).

66. Llama la atención de la Corte que la boleta de detención contra el señor Lapo tiene fecha de 15 de noviembre de 1997¹⁶, el mismo día en que fue detenido, y que la orden de detención de la Jueza tenga fecha de 18 de noviembre de 1997, tres días después de la detención. Estas irregularidades impiden a la Corte establecer la existencia de una autorización judicial previa a la detención del señor Lapo que cumpliera con la legislación interna. El Estado tampoco ha dado una explicación razonable. Por ello, la Corte encuentra al Ecuador responsable por la violación al artículo 7.2 de la Convención en perjuicio del señor Lapo.

* * *

67. El Estado solicitó a este Tribunal pronunciarse sobre si “la presencia de un juez [...] reemplaza [...] la orden escrita del juez competente”.

68. Al respecto, la Corte resalta que la legislación interna no permite ese supuesto, así que toda detención que se lleve a cabo sin orden judicial escrita, salvo delito flagrante, sería ilegal.

b) información de las razones de la detención

69. Como se desprende del párrafo 59 *supra*, el derecho interno exige que “[t]oda persona sea informada inmediatamente de la causa de su detención”. Adicionalmente, la Convención Americana consagra en el artículo 7.4 que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención”. Lo anterior lleva a la Corte a analizar los hechos de este caso bajo esos dos parámetros normativos: el interno y el convencional. Si se establece que el Estado no informó a las víctimas de las “causas” o “razones” de su detención, la detención será ilegal y, por ende, contraria al artículo 7.2 de la Convención, pero además constituirá una violación del derecho consagrado en el artículo 7.4 de la misma.

70. Esta Corte, en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, estableció que la información de los “motivos y razones” de la de-

¹⁶ *Cfr.* boleta de detención emitida el 15 de noviembre de 1997 por la Jueza Décima Segunda de lo Penal del Guayas en contra del señor Lapo (expediente judicial, cuerpo 2, folio 1489).

tención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”¹⁷. Adicionalmente, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención.

71. La información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal.

72. En el presente caso, la Comisión y los representantes sostienen que el señor Chaparro no fue informado que estaba siendo detenido y que únicamente le dijeron que debía acompañar a los agentes de policía para hacer una declaración. El Estado se limitó a rechazar en términos generales estos hechos sin aportar o hacer referencia a pruebas concretas. En suma, la prueba disponible por el Tribunal sobre estos hechos es escasa.

73. En el presente caso la víctima no tiene ningún mecanismo a su alcance que le posibilite probar este hecho. Su alegación es de carácter negativo, señala la inexistencia de un hecho. El Estado, por su lado, sostiene que la información de las razones de la detención sí se produjo. Esta es una alegación de carácter positivo y, por ello, susceptible de prueba. Además, si se toma en cuenta que la Corte ha establecido en otras oportunidades que “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación

¹⁷ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82.

del Estado⁷¹⁸, se llega a la conclusión de que la carga probatoria en este punto corresponde al Estado. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no probó que sus autoridades informaron al señor Chaparro de los motivos y razones de su detención, lo que constituye una violación del artículo 7.4 de la Convención y, por ser también contrario a la ley interna, del artículo 7.2 del mismo tratado, en perjuicio del señor Chaparro.

* * *

74. Por otro lado, tanto la Comisión como los representantes cuestionan la legalidad de la detención afirmando que la orden de detención correspondiente no fue mostrada al señor Chaparro.

75. Esta Corte nota, en primer lugar, que no consta como un requisito formal conforme a la legislación interna que haya que mostrar al detenido la orden física de detención. Consecuentemente, no puede hablarse de una ilegalidad en los términos del artículo 7.2 de la Convención.

76. En segundo lugar, la primera obligación del artículo 7.4 de la Convención no especifica que la información que el detenido debe recibir tenga que ser escrita. Para esta Corte, puede satisfacerse dicha obligación de manera oral, no así la segunda obligación del artículo 7.4 de la Convención, referente a la notificación, sin demora, del cargo o cargos formulados contra el detenido, la cual debe darse por escrito. Sin embargo, en el presente caso no es necesario entrar a analizar la segunda obligación del artículo 7.4 convencional, puesto que tal y como fue establecido en el párrafo 73 *supra*, el Estado incumplió con la primera obligación del mencionado precepto.

* * *

77. En el caso del señor Lapo, la Corte no considera necesario analizar si se le informó o no de los motivos y razones de su detención, dado que la detención misma fue calificada de ilegal (*supra* párr. 66), en clara violación del artículo 7.2 de la Convención.

* * *

¹⁸ *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 20, párr. 135; *Caso Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 13, párr. 108, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 12, párr. 16.

78. La Comisión alegó que también se violaría el derecho a la libertad de los señores Chaparro y Lapo porque no les fue “garantizada una defensa técnica” y porque no le fue informado al señor Chaparro su derecho de asistencia consular, por ser ciudadano extranjero.

79. A criterio del Tribunal, el análisis al respecto corresponde desarrollarlo en el marco del artículo 8 de la Convención, como en efecto se hará en el capítulo siguiente (*infra* párrs. 155 a 159 y 162 a 165).

c) duración de la detención

80. La Comisión sostuvo que las dos víctimas fueron puestas a disposición de la Jueza de la causa “23 días después de su detención”, lo cual sería contrario a la ley interna y al artículo 7.5 de la Convención Americana. El Estado sostuvo que hubo un “control judicial inmediato” de las detenciones.

81. La parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia¹⁹.

82. El artículo 173 del Código de Procedimiento Penal (*supra* párr. 60) establecía que la detención con fines investigativos no podía durar más de 48 horas, tras lo cual debía liberarse al detenido o iniciarse un proceso penal.

83. De la prueba aportada se desprende que las víctimas realizaron una primera declaración ante un fiscal el 19 de noviembre de 1997, esto es, 4 días después de su detención, y una declaración ante la Jueza el 11 de diciembre de 1997, 26 días después de ser detenidos.

¹⁹ Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 96; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 66, y *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 129.

84. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en otro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”²⁰.

85. Por otro lado, la Corte no acepta el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aún cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso no existe evidencia de que esto haya ocurrido.

86. Por lo expuesto, la Corte encuentra que la duración de la detención del señor Chaparro sobrepasó el máximo legal permitido, vulnerándose así el artículo 7.2 de la Convención, y que no fue llevado ante un juez “sin demora”, en violación del artículo 7.5 de la Convención.

87. En lo que al señor Lapo respecta, tal y como se señaló anteriormente (*supra* párr. 66), su detención fue ilegal desde un inicio, por lo que cualquiera haya sido su duración era de por sí ilegal, haciéndose innecesario en este punto analizar el plazo máximo consagrado en la legislación interna, a efectos de aplicar el artículo 7.2 de la Convención. En lo referente al artículo 7.5 convencional, el señor Lapo tampoco fue llevado “sin demora” ante un juez, para que justamente controle la ilegalidad de su detención, lo que acarrea la violación del señalado precepto.

²⁰ Cfr. *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 119.

* * *

88. Por todo lo anterior, el Tribunal declara que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.2, 7.4 y 7.5 de la Convención en perjuicio del señor Chaparro, y el derecho consagrado en el artículo 7.2 y 7.5 del mismo instrumento internacional en perjuicio del señor Lapo. Consecuentemente, se violó el derecho a la libertad personal de las dos víctimas contemplado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.

C) Arbitrariedad de la privación de libertad de los señores Chaparro y Lapo

89. El artículo 7.3 de la Convención establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

90. La Corte ha establecido en otras oportunidades que

nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad²¹.

91. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que, si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención²².

²¹ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

²² Cfr. *ECHR, Case of Kemmache v. France*, Judgment of 24 November 1994, para. 37. El Tribunal Europeo señaló lo siguiente:

The Court reiterates that the words “in accordance with a procedure prescribed by law” essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see the *Winterwerp v. the Netherlands*

92. El Comité de Derechos Humanos ha precisado que

no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”[. E]llo significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia²³.

93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia²⁴; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional²⁵, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales²⁶, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la

judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, para. 45).

²³ Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Caso Albert Womah Mukong c. Camerún*, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.

²⁴ Cfr. *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 17, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

²⁵ Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

²⁶ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228.

libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención²⁷.

94. Con base en lo anterior la Corte procederá a analizar: a) si el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.3 de la Convención en la detención del señor Lapo, y b) si la orden de prisión preventiva en contra de los señores Chaparro y Lapo y el mantenimiento de la misma fueron arbitrarias.

a) detención del señor Lapo

95. La Comisión señaló que la detención del señor Lapo fue arbitraria puesto que se realizó en aplicación del principio de “grave presunción de responsabilidad” contenido, según su parecer, en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, “ya que el Estado no ha alegado o presentado elementos que demuestren que fue aprehendido en delito fragante”. Para la Comisión esa norma legal sería contraria a la Constitución ecuatoriana y a la Convención Americana. El Estado no presentó argumentos concretos en este punto.

96. La Corte advierte, en primer lugar, que la Comisión no demostró que la disposición legal que menciona haya sido aplicada al caso concreto y, en segundo lugar, que la detención del señor Lapo ya fue calificada como ilegal desde su inicio, justamente porque no estuvo precedida de orden escrita de juez ni de flagrancia. Toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad, pero esa arbitrariedad está subsumida en el análisis de la ilegalidad que la Corte hace conforme al artículo 7.2 de la Convención. La arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional tiene un contenido jurídico propio, tal y como se indicó en los párrafos anteriores (*supra* párrs. 93).

97. Por ello, la Corte declara que el Estado no violó el artículo 7.3 de la Convención en lo que respecta a la detención del señor Lapo.

²⁷ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 48, párr. 128.

b) prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo

98. Los representantes agregaron que “el procedimiento mental” que llevó a la Jueza a dictar el auto cabeza de proceso que ordenó la prisión preventiva de las dos víctimas fue “invisible para los operarios jurídicos, para los abogados, para las propias víctimas. No consta [...] el mecanismo mental, por el cual se [...] pueda atribuir la comisión de un delito o simplemente la existencia de un delito, salvo la mera existencia de un Informe Policial”. El Estado y la Comisión no presentaron argumentos concretos sobre este punto.

99. De la prueba aportada, la Corte encuentra que el 17 de noviembre de 1997, dos días después de la detención de las víctimas, la Jueza a cargo del procedimiento seguido en su contra recibió información de la Policía Antinarcóticos²⁸ sobre la aprehensión en el aeropuerto de la ciudad de Guayaquil el 14 de noviembre de 1997 de 44 cajas térmicas pertenecientes a la compañía “Mariscos Orea-na Maror” que contenían pescado, pero que en el interior de todas las estructuras se encontraban 448 tubos de PVC con una sustancia que a la postre resultó ser clorhidrato de cocaína y heroína.

100. Posteriormente, el 8 de diciembre de 1997, 23 días después de la detención de las víctimas, la Jueza dictó un “auto cabeza de proceso” en el que expuso:

la[s] estructuras de poliestileno expandible conocida[s] como cajas térmicas o hieleras se observa que estas tienen un perfecto acabado[,] no existe por consiguiente ninguna incisión que permite sospechar que los paquetes de droga hayan sido in[s]ertados cuando las cajas térmicas estaban terminadas[,] pues el trabajo evidencia que los paquetes o tubos que contienen la droga fueron colocados en el momento mismo de la fabricación de aquellas hieleras[...]

Hasta el momento los investigadores han determinado que la empresa de fachada MAROR adquiriría las hieleras o cajas t[é]rmicas [...] en la fábrica AISLANTES PLUMAVIT DEL ECUADOR C. Ltda. de propiedad y [g]erenciada por el hoy detenido JUAN CAR-

²⁸ Cfr. oficio No. 3370-CP2-JPA-G-97 de 16 de noviembre de 1997 emitido por el Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas (expediente judicial, cuerpo 1, folios 1306 a 1308).

LOS CHAPARRO [ÁLVAREZ], quien ha surtido de los dos tamaños de hielera que fueron aprendidas [...]

Como lo relatado constituye infracción punible y pesquisable de oficio, dicto el presente autocabeza de proceso, e instruyo sumario de ley en contra de: [...] JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ, FREDDY HERN[Á]N LAPO [Í]ÑIGUEZ [...]

Por encontrarse reunidos los requisitos del art. 177 del Código de Procedimiento Penal[,] dicto Auto de Prisión Preventiva en contra de: [...] JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ, FREDDY HERN[Á]N LAPO [Í]ÑIGUEZ [...] ²⁹.

101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga³⁰.

102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”, añadiendo que “[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”³¹.

²⁹ Cfr. auto cabeza de proceso emitido el 8 de diciembre de 1997 por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 20, folios 3391 a 3393).

³⁰ *Caso Servellón García y otros*, supra nota 17, párr. 90.

³¹ Cfr. *ECHR, Case Fox, Campbell y Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990, para. 32. Traducción de la Secretaría de la Corte. El texto original en inglés es el siguiente:

The “reasonableness” of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c). The Court agrees with the Commission and the Government that having a “reasonable suspicion” presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as “reasonable” will however depend upon all the circumstances.

103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia³².

104. El artículo 170 del Código Procesal Penal ecuatoriano vigente al momento de los hechos sólo permitía al juez ordenar medidas cautelares “a fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso”, mientras que el artículo 177 disponía que el juez, “cuando lo creyere necesario”, podía dictar auto de prisión preventiva siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: a) indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y b) indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. Además, el mismo artículo ordenaba que “en el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión”.

105. En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas (*supra* párr. 100) no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.

³² Cfr. *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 17, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 47, párr. 111.

106. Aún cuando lo anterior es suficiente para declarar la violación del artículo 7.3 de la Convención, la Corte considera importante referirse a lo alegado por la Comisión en el sentido de que durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de la libertad. El Estado no presentó argumentos concretos sobre este punto.

107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias³³. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.

108. En la especie, las “presunciones de responsabilidad” que la Policía tenía contra el señor Chaparro se basaban, *inter alia*, en que:

la empresa MAROR que es propiedad de la organización internacional de narcotráfico se proveía en PLUMAVIT de las cajas hieleras para el embalaje del pescado [...].

³³ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. *ECHR, Case of Hadjianstasiou v. Greece*, Judgment of 16 December 1992, para. 23.

analizado el sistema de camuflaje del clorhidrato de heroína y de cocaína aprehendido, es un hecho irrefutable que los tubos de PVC que contienen la droga [...] fueron colocados en los moldes de las máquinas inyectoras para que al procesar la elaboración de las hieleras, dicha droga se constituya en una parte estructural de la base de las hieleras, lo que significa que es en la fábrica de estas cajas térmicas [...] donde se realizaba el verdadero camuflaje de la droga. [...]

En su afán de eludir responsabilidades, JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ [...] trat[ó] de explicar que [las hieleras] no fueron fabricadas en su empresa [...] existiendo la posibilidad de que si no fueron fabricadas en esta empresa, sí fueron almacenadas en sus instalaciones [...] En este caso las responsabilidades están dadas en la persona de JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ por su condición de Gerente Propietario de PLUMAVIT, representante legal y además porque como dueño estaba conciente y en conocimiento pleno de todo lo que pasaba en su empresa³⁴.

109. Por su parte, la Policía señaló que el señor Lapo

presenta una serie de explicaciones de índole técnica con las que trata de mantener sus versiones en el sentido de que las hieleras donde fue encontrada la droga no fueron fabricadas en PLUMAVIT. Pero como técnico está en capacidad de cambiar de moldes y satisfacer cualquier demanda del cliente, y en el caso de que no hubiesen sido fabricadas ahí las hieleras cuestionadas, sí estuvo presente [...] en las entregas nocturnas de estas cajas ya terminadas con la droga en el interior de su estructura [...]³⁵.

110. En el proceso interno se realizaron cinco peritajes en torno a los cuales se desarrolló gran parte de los alegatos de defensa. El primero de ellos concluyó que el molde encontrado en la fábrica Plumavit “no corresponde al que se utilizó para fabricar la caja involucrada en el ilícito”³⁶. Este peritaje fue solicitado por el Jefe

³⁴ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97, *supra* nota 30 (folios 3018 a 3020).

³⁵ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97, *supra* nota 30 (folio 3021).

³⁶ Cfr. oficio DEC-FIMCP-560-97 emitido el 8 de diciembre de 1997 por el decano de la Facultad de Ingeniería en Mecánica y Ciencias de la Producción de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) (expediente de anexos a la demanda, anexo 12, folio 877).

Provincial de INTERPOL del Guayas³⁷ antes de que la Policía remitiera su informe a la Jueza de la causa y, según el señor Chaparro, a pedido expreso suyo. En efecto, en la audiencia pública de este caso (*supra* párr. 8) el señor Chaparro indicó que, una vez detenido, fue llevado al lugar en el que se encontraban las cajas aprehendidas en el ilícito (*supra* párr. 99). Al verlas, informó a los agentes policiales que esas hieleras no fueron elaboradas por su fábrica y para comprobarlo pidió que se hiciera un peritaje. La Policía no esperó el resultado de la pericia para enviar su informe a la Jueza (*supra* párr. 99) y ésta, a su vez, no esperó tal resultado para decidir sobre la sindicación de los señores Chaparro y Lapo ni para ordenar su prisión preventiva³⁸. El resultado de la pericia fue finalmente enviado a la Jueza el 10 de diciembre de 1997, dos días después del auto cabeza de proceso (*supra* párr. 100).

111. El segundo peritaje señaló que las hieleras utilizadas en el ilícito no podían haber sido fabricadas por Plumavit³⁹.

112. El tercer peritaje, al revisar las máquinas de la fábrica Plumavit, concluyó que las cajas “no fueron inyectadas en el mismo molde”⁴⁰.

113. El cuarto peritaje estableció que las hieleras “fueron fabricadas en diferentes moldes, con diferente técnica, de diferentes medidas y que notoriamente son diferentes a las producidas por [la fábrica Plumavit]”⁴¹.

³⁷ Cfr. oficio No. 3597-JPAG-97 emitido el 24 de noviembre de 1997 por el Jefe Provincial de INTERPOL del Guayas (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 858-859).

³⁸ La Jueza estuvo consciente de que tal peritaje estaba pendiente, puesto que lo volvió a ordenar en el auto cabeza de proceso de 8 de diciembre de 1997. Cfr. auto cabeza de proceso de 8 de diciembre de 1997, *supra* nota 52 (folios 873 y 874).

³⁹ Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Riccardo Delfini Mechelli el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4066 y 4067).

⁴⁰ Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Daniel Burgos el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4064 y 4065).

⁴¹ Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Rodrigo Cevallos Salvador el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4069 a 4071).

114. El quinto peritaje correspondía a una prueba técnicamente conocida como ION-SCANNER⁴². La máquina utilizada en este peritaje sirve para “ver la presencia científica computarizada de partículas de droga”. En esta prueba los peritos tomaron muestras de los moldes que se encontraban en la fábrica y solicitaron a la Jueza el plazo de 5 días para presentar sus informes finales. En el expediente ante la Corte no aparece prueba alguna de que dichos informes hayan sido presentados. Sobre esta diligencia probatoria, el Jefe de la DEA (Drug Enforcement Administration) en Guayaquil dirigió a la Jueza un oficio en el que señaló:

Después de muchas pruebas con el equipo electroquímico, en el almacén y en el área de la oficina, el Químico David Morillo describió una reacción positiva de la presencia de cocaína en la Máquina Número 5 (Máquina Moldeadora de Plumafón) situada en el almacén del negocio. El equipo electroquímico indicó que la cocaína había estado en la máquina o cerca de la máquina moldeadora de plumafón⁴³.

115. A partir de la realización de los cinco peritajes, los señores Chaparro y Lapo reafirmaron sus descargos. En efecto, aún cuando se reconoció que existía una relación comercial entre “Mariscos Oreana Maror” y la fábrica Plumavit, en que la primera compraba hieleras a la segunda, se alegó que se trataba meramente de contratos de compraventa, sin que la fábrica Plumavit tenga conocimiento del destino que Maror daba a las hieleras. Además, se alegó que la mayoría de peritajes demostraban que las hieleras aprehendidas no habían sido fabricadas en Plumavit, aspecto directamente relacionado con el motivo de su detención. Finalmente, en relación con el ION-SCANER, sostuvieron que sus abogados fueron notificados de la resolución que lo ordenaba el mismo día en que fue practicado, por lo que no pudieron estar presentes; y que para la realización de los primeros cuatro peritajes (*supra* párrs. 110 a 113)

⁴² *Cfr.* acta de la realización del peritaje ION-SCAN en el juicio penal No. 370-97 emitida el 8 de enero de 1998 (expediente judicial, cuerpo 25, folio 4033).

⁴³ *Cfr.* escrito presentado el 13 de enero de 1998 por Victor Cortez, Jefe de la DEA en Guayaquil a la Jueza Décimo Noveno de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 26, folio 4094).

los expertos tuvieron que colocar las hieleras aprehendidas con la droga en las máquinas de Plumavit, para comprobar si calzaban o no, por lo que era lógico suponer que partículas de droga de esas cajas contaminaron las máquinas, y que fueron esas las partículas que el ION-SCANNER detectó. Con base en ello, solicitaron en diversas ocasiones que la prisión preventiva fuese revocada⁴⁴.

116. Los múltiples escritos de las víctimas, por lo general, no fueron respondidos por la Jueza, y en la única ocasión en que sí lo hizo, se limitó a señalar: “[n]iégrese las peticiones de revocatoria del auto de prisión preventiva que pesa en su contra”⁴⁵. En cuanto al ION-SCANNER, únicamente resolvió: “[n]iégrese por improcedente la impugnación [...] por cuanto la providencia que señalaba dicho acto procesal fue notificada oportunamente a las partes”⁴⁶, sin hacer mención a la alegada contaminación de las máquinas.

117. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar to-

⁴⁴ *Cfr.* escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 11 de diciembre de 1997 solicitando la revocación de la orden de prisión en virtud los resultados del peritaje de la ESPO (expediente judicial, cuerpo 22, folios 3590 a 3593); escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 13 de enero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN y solicitando la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4095 a 4105); escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 25 de febrero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN y solicitando la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 30, folios 4619 a 4629); escrito presentado por el abogado del señor Lapo el 22 de enero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN, solicitando la declaración de los agentes investigadores y la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 27, folios 4231 a 4234), y escrito presentado por el abogado del señor Lapo el 27 de febrero de 1998 indicando que la Jueza de la causa “no [les] dio oportunidad de ejercer el derecho de defensa” al haberse notificado demasiado tarde la providencia que ordenaba la práctica de ION-SCAN (expediente judicial, cuerpo 31, folio 4726).

⁴⁵ *Cfr.* auto de 12 de enero de 1998 emitido por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 26, folio 4072).

⁴⁶ *Cfr.* auto de 26 de enero de 1998 emitido por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 27, folio 4247).

davía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse.

118. Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado. Ello no ocurrió en el presente caso. La falta de motivación en las decisiones de la Jueza impidió que la defensa conociera las razones por las cuales las víctimas permanecían privadas de su libertad y dificultó su tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación o impugnar de mejor manera una prueba de cargo determinante.

119. Por lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el derecho de las víctimas consagrado en el artículo 7.3 de la Convención Americana, por la falta de una debida motivación en la adopción y mantenimiento de la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo. Con ello, el Estado violó su derecho a la libertad personal contemplado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.

D) Recursos disponibles para controvertir la privación de la libertad de los señores Chaparro y Lapo

120. La Comisión sostuvo que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención puesto que los recursos interpuestos por los señores Chaparro y Lapo fueron ineficaces, “ya que en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de libertad”. Adicionalmente, consideró que se violaría el artículo 2 de la Convención porque la autoridad encargada de conocer el recurso de hábeas corpus constitucional es un alcalde, “es decir una autoridad administrativa”.

121. Respecto a la eficacia, el Estado afirmó que la resolución de los recursos presentados fue “debidamente motivada y apegada a derecho”. En lo referente a la autoridad que conoce el recurso de hábeas corpus, reconoció que “lo óptimo resulta atribuir la competencia a un juez, a una persona formada en Derecho”. No obstante, indicó que lo anterior “no significa que en el presente caso, la norma constitucional invocada y la actuación del Alcalde, hayan desconocido algún derecho impugnabile por esta vía”. Asimismo, como se indicó anteriormente (*supra* párr. 25), el Estado se allanó a las pretensiones de las partes referentes al incumplimiento del artículo 2 de la Convención.

122. La Corte advierte que en el Ecuador existían al momento de los hechos dos tipos de recursos que permitían revisar la legalidad de una privación de libertad. El primero de ellos era el hábeas corpus constitucional, consagrado en el artículo 28 de la Constitución, el cual disponía en lo pertinente que:

Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad podrá acogerse al Hábeas Corpus. Este derecho lo ejercerá por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el Alcalde bajo cuya jurisdicción se encontrare o ante quien hiciere sus veces. La autoridad municipal ordenará inmediatamente que el recurrente sea conducido a su presencia y se exhiba la orden de privación de su libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación social o lugar de detención.

Instruido de los antecedentes, el Alcalde dispondrá la inmediata libertad del reclamante, si el detenido no fuere presentado o si no se exhibiere la orden, o si ésta no cumpliere los requisitos legales, o si se hubieren cometido vicios de procedimiento o, en fin, si hubiere justificado el fundamento del recurso.

123. La Ley de Control Constitucional preveía en su artículo 31 el recurso de apelación a las decisiones denegatorias del hábeas corpus constitucional, a saber:

De la resolución que niegue el hábeas corpus podrá recurrirse ante el Tribunal Constitucional, el cual ordenará de inmediato que el alcalde le remita el expediente del recurso negado, en las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de tal orden.

124. Finalmente, la Ley de Régimen Municipal de la época de los hechos indicaba en su artículo 74 que:

Presentada la denuncia o reducida a escrito, si fuere verbal, el Alcalde dispondrá que el recurrente sea conducido a su presencia dentro de veinticuatro horas, y que la autoridad o juez que ordenó la detención o dictó la sentencia informe sobre el contenido de la denuncia, a fin de establecer los antecedentes.

Con el mismo objeto solicitará de cualquier otra autoridad y del encargado del establecimiento carcelario o penitenciario en que se encontrare el recurrente, los informes y documentos que estime necesarios. Las autoridades o empleados requeridos los presentarán con la urgencia con que se les exija y si no lo hicieren, impondrá a los remisos una multa de un mil a diez mil sucres, y entrará a estudiar inmediatamente los antecedentes que le permitan dictar, en forma motivada, y dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, si no rechazare el recurso, cualquiera de estas resoluciones:

1o.- La inmediata libertad del recurrente, si no aparecen justificadas la detención o la prisión;

2o.- La orden de que se subsanen los defectos legales, si el recurso se contrae a reclamar vicios de procedimiento o de investigación;

3o.- La orden de que se ponga al recurrente a disposición de los jueces propios, si la denuncia alude a la competencia o el estudio del caso lo llevare a esa conclusión.

125. El segundo recurso disponible era el amparo de libertad, también conocido como hábeas corpus legal, que se encontraba contemplado en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos:

Cualquier encausado que con infracción de los preceptos constantes en este Código se encuentre detenido, podrá acudir en demanda de su libertad al Juez Superior de aquel que hubiese dispuesto la privación de ella. [...]

La petición se formulará por escrito.

El Juez que deba conocer la solicitud ordenará inmediatamente

después de recibida ésta la presentación del detenido y oír a su exposición, haciéndola constar en una acta que será suscrita por el Juez, el Secretario y el quejoso, o por un testigo en lugar de este último, si no supiere firmar. Con tal exposición el Juez pedirá todos los datos que estime necesarios para formar su criterio y asegurar la legalidad de su fallo, y dentro de cuarenta y ocho horas resolverá lo que estimare legal. [...]

De haber sido cierta la privación ilegal de la libertad, el Juez dispondrá que el detenido sea inmediatamente excarcelado. Las autoridades y empleados encargados de la custodia del detenido obedecerán la orden, necesariamente. [...]

126. Corresponde, por tanto, examinar si los recursos previstos en la legislación e interpuestos por las víctimas cumplían con lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Convención. El Tribunal procederá a analizar primero el hábeas corpus constitucional y después el amparo de libertad.

a) hábeas corpus constitucional

127. El señor Lapo interpuso un recurso de hábeas corpus constitucional el día 3 de septiembre de 1998 ante el Alcalde del cantón Santiago de Guayaquil⁴⁷. La Corte no dispone de la resolución del Alcalde que resolvió sobre este recurso⁴⁸, pero es posible suponer que fue denegado, toda vez que el señor Lapo permaneció detenido. El señor Chaparro no hizo uso de este recurso.

128. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” tiene que ser “un juez o tribunal”. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. El alcalde, aún cuando pueda ser competente por ley, no

⁴⁷ Cfr. recurso de hábeas corpus presentado el 3 de septiembre de 1998 por Freddy Hernán Lapo Ñíguez y su abogado (expediente de anexos a la demanda, anexo 30, folio 1149).

⁴⁸ Conforme se expresa en el párrafo 8 de la presente Sentencia, el Presidente de la Corte solicitó al Estado que remitiera copias legibles de todos los procedimientos desarrollados a nivel interno. El Estado no remitió el procedimiento de hábeas corpus constitucional. La Corte únicamente dispone de la documentación que la Comisión remitió junto con su escrito de demanda.

constituye una autoridad judicial. Conforme a la propia Constitución ecuatoriana, el alcalde es una autoridad del “régimen seccional”, en otras palabras, hace parte de la Administración.

129. La Corte es consciente de que las resoluciones denegatorias del alcalde podían ser apeladas ante el Tribunal Constitucional, autoridad que sí ejerce un control judicial. También es consciente de que el señor Lapo no interpuso la apelación. Sin embargo, encuentra que el Estado, al exigir que los detenidos tengan que apelar las resoluciones del alcalde para que su caso sea conocido por una autoridad judicial, está generando obstáculos a un recurso que debe ser, por su propia naturaleza, sencillo. Además, la ley establecía que era deber del alcalde resolver el recurso en 48 horas y, en el mismo plazo, remitir lo actuado al Tribunal Constitucional si éste así lo requería, lo cual significaba que el detenido debía esperar al menos 4 días para que el Tribunal Constitucional conociera su asunto. Si a eso se suma el hecho de que la ley no establecía un plazo para que el Tribunal Constitucional resolviera la apelación, y de que tal Tribunal es el único órgano judicial competente para conocer las apelaciones de las denegatorias de los hábeas corpus de todo el país, se llega a la conclusión de que no se respeta la exigencia del artículo 7.6 de la Convención de resolver el recurso “sin demora”. Finalmente, el detenido no es llevado ante el Tribunal Constitucional, por lo que dicho órgano no puede verificar las condiciones en las que se encuentra y, por ende, garantizar sus derechos a la vida e integridad personal⁴⁹.

130. Por lo anterior y teniendo en cuenta el allanamiento del Estado, la Corte declara que el Ecuador violó el artículo 7.6 de la

⁴⁹ Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 35. En este párrafo se señala que:

El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Ver también, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 63, y *Caso La Cantuta, supra* nota 16, párr. 111.

Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, en perjuicio del señor Lapo, lo que, a su vez, representa una violación de su derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la misma.

b) amparo de libertad o hábeas corpus legal

131. El 13 de abril de 1998 el señor Lapo presentó un recurso de amparo de libertad ante la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, indicando que se encontraba “ilegalmente privado de su libertad, puesto que del cuaderno no hay mérito procesal que haga aplicable la medida cautelar”⁵⁰. El 14 de mayo de 1998 la Corte Superior denegó el recurso, afirmando que “no se evidencian violaciones procesales que afecten los derechos del recurrente”⁵¹.

132. Por otro lado, el 12 de mayo de 1998⁵² el señor Chaparro presentó un amparo de libertad ante la misma Corte Superior, en el que sostuvo que “si los requisitos exigidos en el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal [(*supra* párr. 104)] para [su] privación de libertad han sido plenamente desvirtuados, es obvio que la misma ya se ha convertido en ilegal y, por ende, pid[ió] la revocatoria de la misma y la reparación de la injusticia que se est[aba] cometiendo en [su] contra”⁵³. El 20 de mayo de 1998 la Corte Superior resolvió denegar el recurso, con base en las siguientes consideraciones:

Al resolver el recurso no es necesario analizar si el auto de prisión preventiva es procedente, porque éste depende del criterio del Juez a quien la ley le concede esta facultad discrecional [...] Analizado lo actuado en la causa penal 370-97, se advierte que se encuentra en la etapa sumarial [...]. El procedimiento no es contrario al de-

⁵⁰ *Cfr.* recurso de amparo de libertad interpuesto el 13 de abril de 1998 por Freddy Hernán Lapo Íñiguez (expediente judicial, cuerpo 72, folio 9227).

⁵¹ *Cfr.* sentencia de 13 de mayo de 1998 emitida por la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (expediente judicial, cuerpo 72, folios 9295 y 9296).

⁵² La Comisión equivocadamente señaló que la fecha de presentación del amparo de libertad por parte del señor Chaparro fue el 20 de mayo de 1998 (expediente de fondo, tomo I, folio 87).

⁵³ *Cfr.* recurso de amparo de libertad interpuesto el 12 de mayo de 1998 por Juan Carlos Chaparro Álvarez (expediente judicial, cuerpo 72, folio 9313).

terminado por ley, y por consiguiente no se advierten infracciones procesales [...] ⁵⁴.

133. Esta Corte ha establecido que no basta con la existencia formal del recurso sino que además debe ser efectivo, esto es, debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención ⁵⁵. De lo contrario, la actividad judicial no significaría un verdadero control, sino un mero trámite formal, o incluso simbólico, que generaría un menoscabo de la libertad del individuo. Más aún, el análisis de la legalidad de una privación de libertad “debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana” ⁵⁶.

134. Como puede apreciarse, la Corte Superior de Guayaquil denegó los recursos interpuestos sin pronunciarse sobre las causas que a criterio de los señores Lapo y Chaparro hacían ilegal su prisión preventiva. Es más, al resolver el recurso del señor Chaparro expresamente indicó que el auto de prisión preventiva es discrecionalidad del juez que la dicta, dándose a entender que esa discrecionalidad no puede ser controlada por el *ad quem*. La Corte observa que la decisión mencionada incurre en la llamada falacia de petición de principio, toda vez que da por supuesto aquello que precisamente tendría que demostrar, es decir, se afirma de antemano que no se debe analizar si es procedente el auto de prisión cuando precisamente eso es lo que se debatía ante dicha Corte. Por otro lado, el superior no se pronunció sobre el mantenimiento de la prisión preventiva.

135. Finalmente, la Corte resalta que la Corte Superior demoró 31 días en resolver el recurso del señor Lapo y 9 días en resolver el recurso del señor Chaparro, lo que no se ajusta al término “sin demora” contenido en el artículo 7.6 de la Convención.

⁵⁴ Cfr. sentencia de 20 de mayo de 1998 emitida por la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (expediente judicial, cuerpo 72, folio 9316).

⁵⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 77; *Caso Juan Humberto Sánchez, supra* nota 40, párr. 121, y *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 126.

⁵⁶ Cfr. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96.

136. Por lo anterior, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo y, por ello, su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la misma.

* * *

137. De otra parte, la Corte observa que la Comisión solicitó que se declarara la violación del artículo 25 de la Convención⁵⁷ por estos mismos hechos, a lo cual el Estado se allanó (*supra* párr. 25).

138. Al respecto, este Tribunal recuerda que en la *Opinión Consultiva OC-8/87 El Habeas Corpus Bajo Suspensión De Garantías* afirmó que si se examinan conjuntamente los artículos 7.6 y 25 de la Convención,

puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo⁵⁸.

⁵⁷ El artículo 25 de la Convención estipula:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁵⁸ *Cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, supra* nota 72, párr. 34.

139. En el caso ecuatoriano el hábeas corpus y el amparo de libertad son recursos independientes del recurso de amparo propiamente dicho, el cual estaba regulado en el artículo 31 de la Constitución vigente en la época de los hechos⁵⁹. Consecuentemente, el único artículo convencional aplicable es el artículo 7.6. Por tal razón, el Tribunal no considera que el artículo 25 de la Convención haya sido violado.

E) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad

140. La Comisión sostuvo que el tiempo que los señores Chaparro y Lapo estuvieron en prisión preventiva desconocería el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención. El Estado no presentó argumentos concretos sobre este punto.

141. El señor Lapo fue liberado el 25 de mayo de 1999⁶⁰, 1 año, 6 meses y 11 días después de su detención, porque su causa fue sobreeséda provisionalmente. El señor Chaparro fue liberado el 18 de

⁵⁹ El Artículo 31 de la Constitución establecía:

Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior.

⁶⁰ Cfr. auto emitido el 25 de mayo de 1999 por el Juzgado Décimo Segundo de lo Penal del Guayas (expediente de anexos a la demanda, anexo 22, folios 1101 y 1102).

agosto de 1999⁶¹, 1 año, 9 meses y 5 días después de su detención, en virtud de la reforma constitucional de 1998 que limitaba el plazo en que una persona podía permanecer en prisión preventiva⁶².

142. El artículo 7.5 de la Convención Americana establece que la persona detenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Toda vez que la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria, el Tribunal no considera necesario entrar a considerar si el tiempo transcurrido sobrepasó los límites de lo razonable⁶³. [...]

⁶¹ *Cfr.* auto emitido el 18 de agosto de 1999 por la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (expediente judicial, cuerpo 79, folio 10346).

⁶² El Artículo 24.8 de la Constitución de 1998 establece lo siguiente:

Artículo 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

[...]

8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieron esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa. En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

⁶³ *Cfr. Caso Tibi, supra* nota 43, párr. 120.

La desaparición forzada como violación múltiple de derechos humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala

Sentencia de 25 de mayo de 2010

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VIII. DESAPARICIÓN FORZADA DE FLORENCIO CHITAY NECH (ARTÍCULOS 7, 5, 4, 3 Y 23 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA), EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA Y LOS ARTÍCULOS I, II Y III DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

63. En el presente capítulo la Corte analizará, a la luz del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, los hechos y las violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, así como el incumplimiento de la CIDFP, alegados en el presente caso.

1. Contexto del caso y los hechos relativos a la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech.

A. Contexto del caso

64. En Guatemala, entre los años 1962 y 1996 tuvo lugar un conflicto armado interno que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales^{1*2}. Durante dicho conflicto, el

^{1*} La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo V, Capítulo IV, pág. 21, párr. 2; *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 48, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, supra nota 12, párr. 70.

Estado aplicó la denominada “Doctrina de Seguridad Nacional”³. Se ha estimado que “más de doscientas mil personas” fueron víctimas de ejecuciones arbitrarias y desaparición forzada como consecuencia de la violencia política⁴. Según la Comisión de Esclarecimiento Histórico (en adelante “CEH”), las fuerzas del Estado y grupos paramilitares afines fueron responsables del 93% de violaciones a los derechos humanos, incluyendo el 91% de las desapariciones forzadas. Del total “el 80% fueron perpetradas por el ejército, 12% fueron cometidas por las Patrullas de Autodefensa Civil, el 8% fueron cometidas por otras fuerzas de seguridad, principalmente la Policía Nacional. [Asimismo, el] 11% de las desapariciones [...] cometidas por el Ejército, fueron efectuadas junto con las [las patrullas civiles (PAC)], y el 6% fueron efectuadas junto con comisionados militares⁵. En el marco de esa doctrina se fue acrecentando la intervención del poder militar para enfrentar a la subversión, concepto que incluía a toda persona u organización que representara cualquier forma de oposición al Estado, con lo cual “la noción de ‘enemigo interno’, intrínseca a la Doctrina de Seguridad Nacional, se volvió cada vez más amplia para el Estado”⁶.

65. La CEH concluyó que, en aplicación de dicha doctrina el 91% de las violaciones registradas por ésta se produjeron entre los años 1978 y 1983, bajo las dictaduras de los generales Romeo Lucas García (1978-1982) y Efraín Ríos Montt (1982-1983)⁷. A la fecha de la desaparición forzada de Florencio Chitay, el 1 de abril de 1981, el General Romeo Lucas García ejercía el cargo de Presidente de la Re-

³ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo I, Capítulo II, pág. 83, párr. 23.

⁴ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo IV, Capítulo IV, pág. 21, párr. 2, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, supra nota 40, párr. 48.

⁵ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo XI, pág. 412 y párrs. 2053 y 2057.

⁶ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo V, Capítulo IV, pág. 24, párr. 15 y Tomo II, Capítulo XI, pág. 426, párr. 2094. Cfr. peritaje de María Eugenia Morales Aceña de Sierra autenticado ante notario público el 13 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, f. 568 Bis).

⁷ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo V, Capítulo IV, pág. 42, párr. 82, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres*, supra nota 12, párr. 71.

pública y de Comandante General del Ejército⁸ y el Ministro de la Defensa Nacional era el General Ángel Aníbal Guevara Rodríguez⁹.

66. Especialmente entre los años 1980 y 1983 se produjeron diversos fenómenos que afectaron las estructuras de autoridad y liderazgo indígena, entre ellas la desaparición forzada¹⁰. En términos étnicos “el 83.3% de las víctimas de violaciones de derechos humanos y hechos de violencia registrados por la [CEH] pertenecían a alguna etnia maya, el 16.5% pertenecían al grupo ladino y el 0.2% a otros grupos”¹¹.

67. Como ha sido establecido en otros casos sobre Guatemala conocidos por este Tribunal, la desaparición forzada de personas en ese país constituyó una práctica del Estado durante la época del conflicto armado interno, la cual fue llevada a cabo principalmente por agentes de sus fuerzas de seguridad. Se les retenía clandestinamente sin dar noticia a autoridad judicial competente, independiente e imparcial, se les torturaba física y psicológicamente para la obtención de información, e incluso, en la mayoría de los casos, se les causaba la muerte¹². Además, la desaparición forzada tenía la finalidad de castigar no sólo a la víctima, sino también al colectivo político o social al que pertenecía y a su propia familia. A tal efecto, el informe *Guatemala, Nunca Más* señaló que “los asesinatos selectivos de líderes tuvieron a menudo una dimensión de hostigamiento también a sus familias, ya fuera antes o después de los he-

⁸ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo I, Capítulo I, pág. 184, párr. 588.

⁹ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo I, Capítulo I, pág. 193, párr. 622.

¹⁰ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo III, pág. 167, párr. 4339, y peritaje de Mónica Pinto autenticado ante notario público el 30 de diciembre de 2009 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, f. 519).

¹¹ CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo II, pág. 321, párr. 1745. Cfr. *Caso Tiu Tojín*, supra nota 40, párr. 48.

¹² Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo XI, pág. 428, párr. 2099. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 132; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párr. 40.1, y *Caso Tiu Tojín*, supra nota 40, párr. 49.

chos de violencia [...] El hostigamiento hacia la población civil por parte de las fuerzas militares, tuvo en muchos lugares del país una dimensión comunitaria. Las acusaciones de participación o apoyo a la guerrilla involucraron globalmente a muchas comunidades que fueron tildadas de ‘guerrilleras’¹³.

68. Dentro del conflicto, el terror constituyó un arma de represión social especialmente en contra de grupos tales como sindicatos, universidades, partidos políticos, cooperativas, la prensa, ligas campesinas y miembros de la iglesia, entre otros; a quienes fueron dirigidas toda clase de agresiones y atentados¹⁴.

69. Según la CEH, numerosas ejecuciones arbitrarias fueron dirigidas a militantes de partidos políticos, particularmente, del partido Democracia Cristiana Guatemalteca¹⁵. Igualmente sucedió, de forma reiterada y sistemática, a las personas pertenecientes a los grupos mayas que se destacaban como líderes comunitarios¹⁶.

¹³ Cfr. REMHI, *Guatemala Nunca Más*, supra nota 35, Capítulo IV, págs. 7 y 8, fs. 1012 y 1013.

¹⁴ Cfr. CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala*, aprobado el 13 de octubre de 1981. Capítulo II B, párr. 3; CIDH, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en la República de Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.66, aprobado el 3 de octubre de 1985. Introducción, párr. 27; CIDH, *Informe Anual sobre Guatemala, 1990-91*, OEA/Ser.L/V/II.79 rev. 1, Doc. 12, 22 de febrero de 1991, Selección de las víctimas, párr. 223; CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo XI, pág. 426, párr. 2094; peritaje de Edgar Armando Gutiérrez Girón rendido durante la audiencia pública celebrada ante la Corte el 2 de febrero de 2010, y *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*, supra nota 50, párr. 40.2.

¹⁵ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulo X, pág. 394, párr. 1989; testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo autenticado por notario público el 7 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, fs. 527 a 530); testimonio de Pablo Werner Ramírez Rivas rendido ante fedatario público el 7 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, fs. 588 y 589), y recortes de Prensa, *El Gráfico*, “DC: ‘La represión evita elecciones libres’”, sin fecha visible; *La Hora* “Situación de Violencia: Analizan Líderes de DC”, 25 de Abril de 1981 (anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 1, fs. 958 a 962).

¹⁶ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, supra nota 35, Tomo II, Capítulos X y XI, págs. 367 y 429, párrs. 1884 y 2102.

B. Hechos relativos a la detención y posterior desaparición**B.1. Sobre Florencio Chitay Nech**

70. Florencio Chitay Nech, maya *kaqchikel*, nació en la aldea Quimal, Caserío Semetabaj el 2 de marzo de 1935¹⁷, y se dedicó a la agricultura¹⁸. Se casó con Marta Rodríguez Quex, y con ella procreó a sus hijos: Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez¹⁹, quienes residían en San Martín de Jilotepeque, Departamento de Chinaltenango.

71. Florencio Chitay participó en diversas causas sociales, trabajo comunitario y actividades culturales, cooperativas y religiosas, entre otras²⁰. Posteriormente, en 1973 se unió a movimientos campesinos de la región e inició su participación política afiliándose al partido DC e involucrándose en el movimiento cooperativista²¹.

¹⁷ *Cfr.* Copia certificada de cédula de vecindad No. 12,203 de Florencio Chitay Nech (anexos a la demanda, anexo 5, f. 120), y declaración de Pedro Chitay Rodríguez rendida durante la audiencia pública celebrada ante la Corte el 2 de febrero de 2010.

¹⁸ *Cfr.* Copia certificada de cédula de vecindad No. 12,203 de Florencio Chitay Nech, *supra* nota 55; testimonio de Pedro Chitay Rodríguez rendido ante fedatario público el 10 de mayo de 2007 (anexos a la demanda, anexo 1, f. 80); declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y testimonio de Julián Zet rendido ante fedatario público el 6 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, f. 586).

¹⁹ *Cfr.* Copia certificada de cédula de vecindad No. 12,203 de Florencio Chitay Nech, *supra* nota 55, y testimonios de Estermerio, Encarnación, Eliseo y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez, rendidos ante fedatario público los días 8 de mayo, 10 de febrero, 19 y 26 de abril de 2007, respectivamente (anexos a la demanda, anexo 1, fs. 74, 77, 80, 86 y 88), y testimonio de Pedro Chitay, *supra* nota 56.

²⁰ *Cfr.* Testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo rendido ante fedatario público el día 10 de octubre de 2005 (anexos a la demanda, anexo 1, f. 94); testimonios de Marco Vinicio Cerezo Arévalo y Egidio Hernández Sutuj rendidos ante fedatario público el día 8 de diciembre de 2008 (anexos a la demanda, anexo 1, fs. 96 y 100); testimonio de Jorge Gustavo Navas Martínez rendido ante fedatario público el 12 de diciembre de 2008 (anexos a la demanda, anexo 1, f. 98); testimonio de Gabriel Augusto Guerra rendido ante fedatario público el 5 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, f. 578); declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y declaración de Encarnación Chitay Rodríguez rendida durante la audiencia pública celebrada ante la Corte el 2 de febrero de 2010.

²¹ *Cfr.* Testimonios de Egidio Hernández Sutuj y Jorge Gustavo Navas Martínez, *supra* nota 58, y declaración de Eliseo Chitay Rodríguez rendida ante fedatario

72. En 1977 el partido DC presentó a Florencio Chitay como candidato a Concejal Primero²² en la contienda electoral municipal de San Martín Jilotepeque, Departamento de Chimaltenango. Como consecuencia del tal proceso electoral, el señor Chitay Nech resultó electo²³. En ese momento, dicho Consejo Municipal fue integrado casi en su totalidad por indígenas.

73. Según el Informe de la CEH, el 21 de noviembre de 1980 el Alcalde del Municipio de San Martín Jilotepeque, Felipe Álvarez, fue desaparecido por un contingente integrado por militares y civiles²⁴. Asimismo, el 6 de enero de 1981 Mario Augusto García Roca, Segundo Concejal del Municipio de San Martín Jilotepeque, fue también desaparecido²⁵.

74. Como consecuencia de la desaparición del Alcalde, Florencio Chitay asumió la responsabilidad de la Alcaldía²⁶. A partir de junio de 1980 el señor Chitay Nech recibió diversas notas anóni-

público el 6 de enero de 2010 (expediente de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, tomo IV, f. 571).

²² Según el artículo 206 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, así como el artículo 54 del Código Municipal, ambos de la República de Guatemala, el Concejal Primero es un cargo de servicio a la comunidad cuyas funciones son: la toma de posesión de la Alcaldía a falta del Alcalde, proponer medidas que eviten abusos y corrupción, emitir dictámenes, integrar y desempeñar comisiones, fiscalizar la acción administrativa del Alcalde, entre otras. Disponibles en http://tse.org.gt/descargas/Ley_Electoral_y_de_Partidos_Politicos.pdf y <http://www.chmguatemala.gob.gt/informacion/legislacion-ambiental/legislacion-comun-de-relevancia-ambiental/Codigo%20Municipal.pdf>, respectivamente.

²³ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, *supra* nota 35, Tomo VIII, Anexo II, Caso No. 707; testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo, *supra* nota 58; testimonios de Marco Vinicio Cerezo Arévalo y Egidio Hernández Sutuj, *supra* nota 58, fs. 96 y 100; testimonio de Jorge Gustavo Navas Martínez, *supra* nota 58, y testimonio de Norberto Álvarez Capir rendido ante fedatario público el día 12 de diciembre de 2008 (anexos a la demanda, anexo 1, f. 102), y declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55.

²⁴ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, *supra* nota 35, Tomo VIII, Casos Presentados, Anexo II, Caso No. 707, pág. 175.

²⁵ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, *supra* nota 35, Tomo VIII, Casos Presentados, Anexo II, Caso No. 707, pág. 175.

²⁶ Cfr. Testimonio de Eliseo Chitay Rodríguez, *supra* nota 57, f. 86; testimonio de Jorge Gustavo Navas Martínez, *supra* nota 58; testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo, *supra* nota 58; declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y declaración de Encarnación Chitay Rodríguez, *supra* nota 58.

mas “en donde le invitaban a desatender todas las actividades que realizaba, es decir, dejar el cargo en la municipalidad, retirarse del movimiento cooperativo y campesino, puesto que todos estos actos eran tildados como subversivos”²⁷. Además, en 1980 tuvieron lugar diversos atentados perpetrados en contra de Florencio Chitay y sus familiares, tales como intentos de secuestro y ataques a su casa de habitación (*infra* párr. 128). En consecuencia, la familia Chitay Rodríguez huyó a la Ciudad de Guatemala²⁸, en donde se instalaron en una habitación de alquiler²⁹.

B.2. Detención y posterior desaparición de Florencio Chitay Nech

75. Días antes de su desaparición, Florencio Chitay habló con sus hijos mayores y les manifestó que “se sentía perseguido, que algo le podía pasar”³⁰. El 1 de abril de 1981 el señor Chitay Nech salió de su vivienda en la Ciudad de Guatemala para comprar leña, acompañado de su hijo Estermerio Chitay. Frente a la tienda de leña, un grupo de hombres armados se bajaron de un vehículo, dijeron el nombre de Florencio Chitay Nech e intentaron subirlo a la fuerza pegándole en la cabeza. Uno de los hombres tomó al niño del brazo y lo encañonó, por lo que el señor Chitay Nech dejó de resistirse y subió al vehículo. Posteriormente, Estermerio corrió a su casa y contó a su familia lo sucedido³¹.

76. Los familiares de Florencio Chitay, al conocer de su detención, acudieron a la Policía Nacional³², hecho que será examinado

²⁷ Cfr. Petición No. P-208-05 de los representantes de fecha 2 de marzo de 2005 (anexos a la demanda, f. 504); declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y declaración de Encarnación Chitay Rodríguez, *supra* nota 58.

²⁸ Cfr. Declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55; declaración de Encarnación Chitay Rodríguez, *supra* nota 58, y testimonio de Julián Zet, *supra* nota 56, f. 585.

²⁹ Cfr. Declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y testimonio de Encarnación Chitay Rodríguez *supra* nota 57, f. 77.

³⁰ Cfr. Declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55.

³¹ Cfr. Testimonio de Estermerio Chitay Rodríguez, *supra* nota 57, fs. 74 y 75; declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y declaración de Encarnación Chitay Rodríguez, *supra* nota 58.

³² Cfr. Declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55, y declaración de Encarnación Chitay Rodríguez, *supra* nota 58.

en el Capítulo X. Asimismo, lo buscaron en hospitales y morgues sin tener información³³. Posteriormente, el 25 de abril de 1981 los dirigentes del partido DC denunciaron públicamente el secuestro de Florencio Chitay Nech durante una conferencia de prensa³⁴, lo cual fue reportado por los medios de comunicación³⁵.

77. Por su parte, en el Informe de la CEH, se documentó el caso de Florencio Chitay como un caso de desaparición forzada acreditado. En este sentido, el informe de la CEH señala que “el [C]onsejo [M]unicipal de San Martín Jilotepeque fue completamente desarticulado. A la desaparición forzada de Felipe Álvarez sigui[ó] la del [P]rimer [C]oncejal señor Florencio Chitay Nech”³⁶.

78. Como consecuencia de lo anterior, los miembros sobrevivientes del Consejo Municipal de San Martín Jilotepeque renunciaron en pleno y solicitaron que se convocara a nuevas elecciones el 8 de enero de 1981³⁷.

79. A más de 29 años de ocurridos los hechos, Florencio Chitay Nech sigue desaparecido, sin que se tenga conocimiento de su paradero.

2. Desaparición forzada como violación múltiple de derechos humanos

80. Como se dijo anteriormente (*supra* párr. 19) no existe controversia sobre los hechos y derechos que configuraron la desaparición

³³ Cfr. Declaración de Pedro Chitay Rodríguez, *supra* nota 55.

³⁴ Cfr. Testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo, *supra* nota 58, y testimonio de Marco Vinicio Cerezo Arévalo, *supra* nota 58.

³⁵ Cfr. Recortes de Prensa, *El Gráfico*, “DC: ‘La represión evita elecciones libres’”, y *La Hora*, “Situación de Violencia Analizan Líderes de DC”, *supra* nota 53. Cabe mencionar que existe imprecisión en cuanto a la fecha de la rueda de prensa, debido a que este artículo está fechado del 25 de abril 1981 y describe la conferencia de prensa realizada el día anterior, cuando de los hechos de la demanda, las alegaciones de las partes, las declaraciones de las presuntas víctimas y los testimonios se desprende que dicha conferencia tuvo lugar el mismo 25 de abril de 1981.

³⁶ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, *supra* nota 35, Tomo VIII, Anexo II, Caso No. 707, pág. 175. Cabe señalar que el informe menciona que la desaparición de Florencio Chitay Nech ocurrió el 10 de diciembre de 1980, sin embargo, como está establecido, su desaparición ocurrió el 1 de abril de 1981.

³⁷ Cfr. CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, *supra* nota 35, Tomo VIII, Anexo II, Caso No. 707.

ción forzada de Florencio Chitay, salvo lo que respecta a la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana, ya que en este aspecto el Estado negó su responsabilidad internacional (*supra* párr. 20).

81. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que al analizar una presunta desaparición forzada se debe tener en cuenta la naturaleza continua y el carácter pluriofensivo de la misma³⁸.

82. La Corte nota que no es reciente la atención de la comunidad internacional a este fenómeno. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas desarrolló desde su inicio en la década de los 80 una definición operativa del fenómeno, destacando en ella la detención ilegal por agentes o dependencia gubernamental o grupo organizado de particulares actuando en nombre del Estado o contando con su apoyo, autorización o consentimiento³⁹.

83. Asimismo, la definición en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992⁴⁰, establece que se producen desapariciones forzadas en caso que:

se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sus-trayéndolas así a la protección de la ley.

³⁸ Cfr. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo, *supra* nota 50, párr. 41; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 100, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 112.

³⁹ Cfr. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Personas, Informe a la visita realizada a Sri Lanka por tres miembros del Grupo de Trabajo, 7 a 18 de octubre de 1991, E/CN.4/1992/18/Add. 1 de 5 de enero de 1992.

⁴⁰ Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, A/RES/47/133.

84. Por su parte, los artículos II y III de la CIDFP⁴¹ definen la desaparición forzada como:

la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. [...]

Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

85. La Corte observa que tanto en las definiciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas, de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, la CIDFP, otros instrumentos internacionales⁴², la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos⁴³, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas⁴⁴, así como en el Estatuto de Roma⁴⁵, se señalan los elementos concurrentes constitutivos

⁴¹ *Cfr. Travaux préparatoires* de la CIDFP.

⁴² *Cfr.* ONU, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Artículo 2.

⁴³ *Cfr.* Eur. Court.H.R., *Case of Kurt v. Turkey*, 15/1997/799/1002, 25 May 1998, para. 124 a 128; *Case of Çakici v. Turkey*, Application no. 23657/94, 8 July 1999, para. 104 a 106; *Case of Timurtas v. Turkey*, Application no. 23531/94, 13 June 2000, para. 102 a 105; *Case of Tas v. Turkey*, Application no. 24396/94, 14 November 2000, par. 84 a 87, y *Case of Cyprus v. Turkey*, Application no. 25781/94, 10 May 2001, para. 132 a 134 y 147 a 148.

⁴⁴ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso de Ivan Somers v. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996, párr. 6.3; *Caso de E. y A.K. v. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, 50º período de sesiones, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994, párr. 6.4, y *Caso de Solorzano v. Venezuela*, Comunicación No. 156/1983, 27º período de sesiones, CCPR/C/27/D/156/1983 (1986), 26 de marzo de 1986, párr. 5.6.

⁴⁵ *Cfr.* Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), Documento de la ONU A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998. Este instrumento define la “desaparición forzada de personas” como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su

de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte o paradero de la persona interesada⁴⁶.

86. La Corte ha verificado la consolidación internacional en el análisis de este crimen, el cual configura una grave violación de derechos humanos, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados⁴⁷, por lo que implica un claro abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano⁴⁸ y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*⁴⁹.

87. En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso⁵⁰. Sólo de este modo

autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”

⁴⁶ Cfr. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 76, párr. 110, y *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 55.

⁴⁷ En lo pertinente la CIDFP en el preámbulo, establece que “[c]onsiderando que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

⁴⁸ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 76, párrs. 100 a 106; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 139.

⁴⁹ Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 59, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 139.

⁵⁰ Cfr. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 76, párr. 112; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 59, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 146.

el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva⁵¹, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias⁵².

88. En consideración de lo anterior, en el presente caso, si bien los hechos que configuran el inicio de la desaparición forzada de Florencio Chitay ocurrida en el año 1981 son anteriores a la competencia contenciosa de esta Corte, éstos se prolongan hasta el día de hoy debido a su carácter continuado o permanente.

A. Desaparición Forzada: artículos 7, 5, 4 y 3 (Derechos a la Libertad Personal, Integridad Personal, Vida y Reconocimiento a la Personalidad Jurídica) de la Convención Americana

89. Al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima. El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana, así como la CIDFP para los Estados que la hayan ratificado⁵³.

90. Respecto del artículo 7 de la Convención Americana, la Corte ha reiterado que cualquier restricción al derecho a la libertad

⁵¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 32, párr. 185; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 59, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 122.

⁵² Cfr. *Caso Goiburú y otro Vs. Paraguay*, *supra* nota 87, párr. 85; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 59, y *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 12, párr. 122.

⁵³ Cfr. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 76, párr. 112; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 56, y *Caso Anzualdo Castro Vs. México*, *supra* nota 86, párr. 67.

personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)⁷⁵⁴.

91. La Corte estima suficientemente acreditado que Florencio Chitay Nech fue detenido por agentes del Estado o por particulares que actuaron con su aquiescencia, así como, que transcurridos más de 29 años desde su detención se desconoce su paradero.

92. En este sentido, toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación⁵⁵. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida⁵⁶. Sin perjuicio de ello, en cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, debía denunciarlo inmediatamente⁵⁷.

⁵⁴ *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47. *Cfr. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89, y *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 57.

⁵⁵ *Cfr.* Artículo 12.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el artículo 13 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Además, el párrafo 63 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, establece que: “es obligación de todos los Estados, en cualquier circunstancia, emprender una investigación siempre que haya motivos para creer que se ha producido una desaparición forzada en un territorio sujeto a su jurisdicción y, si se confirman las denuncias, enjuiciar a los autores del hecho”.

⁵⁶ *Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 145; *Caso Anzualdo Castro*, *supra* nota 86, párr. 65, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 143.

⁵⁷ *Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, *supra* nota 94, párr. 145;

93. En consideración de lo anterior, el Tribunal concluye que Florencio Chitay fue detenido de manera ilegal y por ser considerado “enemigo interno”, en razón de su calidad de líder cooperativista y dirigente político (*supra* párrs. 64, 69, 71, 72 y 74 e *infra* párr. 112). Asimismo, se puede determinar que la detención y posterior desaparición de Florencio Chitay fue ocultada por las autoridades, en la medida que éstas no iniciaron una investigación seria y efectiva ante la desaparición ocurrida, omitiendo su deber de garantía de los derechos vulnerados y sin dar hasta la fecha respuesta sobre el paradero del señor Chitay Nech.

94. En relación con el artículo 5 de la Convención Americana, este Tribunal ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del [artículo 5 de la Convención]”⁵⁸, por lo que “resulta evidente que en una desaparición forzada la víctima de ésta vea vulnerada su integridad personal en todas sus dimensiones”⁵⁹.

95. Asimismo, la Corte ha reconocido que “el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato, representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto”⁶⁰. Además, el Tribunal ha establecido que la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos,

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, *supra* nota 86, párr. 65, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 143.

⁵⁸ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 32, párr. 187; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 85, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 153.

⁵⁹ *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 58.

⁶⁰ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 32, párr. 175; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 59, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 85.

en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron⁶¹.

96. En lo que se refiere al artículo 4 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida. Esta situación se ve acentuada cuando se está frente a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, la Corte ha establecido que la falta de investigación de lo ocurrido representa una infracción del deber jurídico establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación con el artículo 4.1 de la misma, que consagra el deber de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual comprende la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho⁶².

97. En relación con el artículo 3 de la Convención, la Comisión y los representantes coincidieron en manifestar que con motivo de la desaparición forzada se vulneró el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de Florencio Chitay, dejándolo así por fuera del ordenamiento jurídico e institucional y en una situación de total vulnerabilidad ante sus captores. Al respecto, el Estado no se allanó a la violación de este derecho, por considerar que el mismo no tiene un contenido jurídico propio, como había sido establecido anteriormente por este Tribunal.

98. De acuerdo con su jurisprudencia más reciente, dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú* este Tribunal reconsideró su posición anterior y estimó posible que, en casos de esta

⁶¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 32, párr. 157; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 59, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 85.

⁶² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 32, párr. 188; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 60, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 86.

naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional⁶³.

99. En consideración de lo anterior, si bien esta Corte había establecido en anteriores casos que dicha definición no se refería expresamente al reconocimiento de la personalidad jurídica entre los elementos de tipificación del delito complejo de esta práctica⁶⁴, cabe hacer notar que en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional en la materia⁶⁵, ha interpretado de manera amplia el artículo II de la CIDFP, lo que le ha permitido concluir que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con los otros elementos de la desaparición, la “sustracción de la protección de la ley”⁶⁶ o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo, lo cual impide directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica.

100. Mas aún, dicha consecuencia queda evidenciada cuando del *modus operandi* de esta práctica se desprende la intención deliberada, no sólo de dejar al individuo fuera del ejercicio de los recursos

⁶³ Cfr. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 90, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 157.

⁶⁴ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo, *supra* nota 50, párr. 180, y *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, *supra* nota 84, párr. 69.

⁶⁵ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 89.

⁶⁶ *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 96.

legales y las garantías procesales pertinentes, sino también de otros derechos, ya sean éstos civiles o políticos, así como la extracción de su comunidad y grupo familiar, como se configura en el presente caso (*infra* párr. 121).

101. Por tanto, el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares⁶⁷. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana⁶⁸.

102. En consecuencia, la Corte reitera que en los casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos⁶⁹. Esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de Florencio Chitay.

103. En razón de lo anterior, la Corte estima que el Estado es responsable de la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech y violó los derechos consagrados en los artículos 7.1 (Derecho a la Libertad Personal), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 4.1 (Derecho a la Vida) y 3 (Derecho al Reconocimiento a la Personalidad Jurídica) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), en su perjuicio.

⁶⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 103, párr. 189; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Paraguay*, *supra* nota 103, párr. 166, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 88.

⁶⁸ Cfr. Artículo 27 (Suspensión de Garantías) de la Convención Americana.

⁶⁹ Cfr. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 86, párr. 101, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 157.

3. Desaparición forzada y el derecho a la participación y representación política

104. La Comisión y los representantes coincidieron en manifestar que el Estado es responsable de la violación del artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, en perjuicio de Florencio Chitay, ya que su desaparición forzada tuvo por objeto la afectación directa, y aun más, la absoluta supresión del ejercicio de sus derechos políticos. En ese sentido, la represión desatada contra él tuvo como objetivo privarlo de toda participación política y en general en las estructuras sociales y políticas de las cuales formaba parte, así como la completa aniquilación de la dirigencia y estructura del municipio.

105. En su escrito de alegatos finales, los representantes agregaron que dicha violación se da en dos niveles: a) el derecho de participar directamente en la dirección de asuntos políticos en condiciones de igualdad, ya que su carácter de dirigente indígena y cooperativista constituyó el móvil de su desaparición y frente a un patrón generalizado de hostigamiento en contra de los mayas, y b) el derecho de la comunidad indígena Quimal de San Martín Jilotepeque de participar por medio de sus representantes libremente elegidos, debido a que la violación de los derechos de los elegidos indígenas también afectan los derechos de los electores. Por su parte, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación de este derecho (*supra* párr. 13).

106. La Corte ha señalado que, “de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio [...], considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”⁷⁰.

⁷⁰ *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 46, y Comité de Derechos Humanos. *Observación General*

107. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales⁷¹ propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En particular el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos. Además se ha reconocido que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención⁷².

108. En el presente caso resulta evidente que el patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno” (*supra* párrs. 64 y 93), en su mayoría mayas, tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales⁷³, sino también de sus

No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 25 - La Participación de los asuntos públicos, el derecho al voto. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194(1996).

⁷¹ *Cfr.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21); Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”) (artículo 13); y Carta Democrática Interamericana (artículos 2, 3 y 6), *infra* nota 112.

⁷² *Cfr.* Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”). *Carta Democrática Interamericana*. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo Extraordinario de Sesiones, artículo 3. Reconoce que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”, y Consejo de Derechos Humanos. Documento de antecedentes de la experta independiente en cuestiones de minorías, Sra. Gay McDougall sobre las minorías y su participación política efectiva. A/HRC/FMI/2009/3 de 8 de octubre de 2009. Foro sobre cuestiones de minorías. Ginebra, 12-13 de noviembre de 2009, párr. 1.

⁷³ *Cfr.* *Caso de la Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.7; *Caso Myrna Mack Chang Vs.*

líderes, representantes sociales y políticos. El móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de “Doctrina de Seguridad Nacional” (*supra* párr. 64).

109. El peritaje de Mónica Pinto revela que “la implementación de la [D]octrina de [S]eguridad [N]acional tuvo una expresión concreta en la política de desapariciones forzadas[, siendo] los líderes indígenas [...] uno de los blancos más frecuentes de esta política”⁷⁴. Asimismo, del peritaje rendido por Edgar Armando Gutiérrez Girón se desprende que “los distintos cuerpos policíacos y [...] militares normalmente perseguían[, entre otros,] líderes políticos”⁷⁵.

110. Al respecto, después de su designación como Concejal Primero y posterior designación como Alcalde del municipio, Florencio Chitay sufrió amenazas concretas y se vio impedido de ejercer su función pública en servicio de la comunidad, luego de su formación y participación activa como líder de la misma⁷⁶.

111. Asimismo, la perito Rosalina Tuyuc, quien se refirió ante la Corte a la persecución que recibían los líderes indígenas en Guatemala durante el conflicto armado interno, manifestó que:

[P]or historia, por tradición, por costumbre y por buena fe muchos de los dirigentes en [el] país se nacen, se forman y ponen sus conocimientos al servicio de la comunidad, todo dirigente comienza un proceso desde el más pequeño cargo hasta el más alto cargo, dentro de ello todos los dirigentes comunales en [el] país fueron principalmente blanco de la persecución del ejército[. S]e creía que a consecuencia de la influencia de los liderazgos[,] el ejército principalmente[,] los vio como una gran amenaza porque vio el trabajo

Guatemala, *supra* nota 12, párr. 139, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 71.

⁷⁴ Peritaje de Mónica Pinto, *supra* nota 48.

⁷⁵ Peritaje de Edgar Armando Gutiérrez Girón, *supra* nota 52.

⁷⁶ *Cfr.* Testimonio de Luis Alfonso Cabrera Hidalgo, *supra* nota 53; testimonio de Julián Zet, *supra* nota 56, f. 584, y testimonio de Pablo Werner Ramírez Rivas, *supra* nota 53.

comunitario, todo el trabajo también social, todo el trabajo de solidaridad de unos con otros, se vio como un problema del comunismo. [C]uando las comunidades vieron perder uno a uno a sus líderes también con ellos se fue cerrando una esperanza al desarrollo [.] T]odo liderazgo significó una pérdida muy profunda y un retroceso muy grande para nuestros pueblos porque cada liderazgo que crece, [...] es por su don de servicio, por su don de conducción, por su don de poder escuchar y de poder orientar a la comunidad[. Y]a no tener un guía es [...] el momento de la oscuridad, un líder siempre fue una luz y cuando la luz ya no está[,] prácticamente las comunidades quedaron en oscuridad sin saber que hacer para la búsqueda de soluciones a los problemas comunitarios. [...]

Por historia siempre el sistema oficial fue muy racista, excluyente hacia los pueblos indígenas, y cuando se logra que algún indígena pueda llegar a alguna autoridad esto significaba también como venir a exigirle también para que soluciones los problemas, pero es más, por eso es que en muchos lugares donde habían corporaciones indígenas, fueron los lugares donde más recibieron persecución.

112. La Corte también observa que de los diversos testimonios rendidos en el proceso se desprende el liderazgo de Florencio Chitay. Así, Pablo Werner Ramírez Rivas declaró que “[d]urante la época del conflicto se perdieron a muchos de los grandes dirigentes [...] del partido [DC, y] como consecuencia de su labor y liderazgo municipal[, Florencio Chitay Nech] fue secuestrado”⁷⁷. Asimismo, Gabriel Augusto Guerra señaló que el señor Chitay Nech “no sólo tenía liderazgo a nivel municipal, sino también a nivel departamental y a nivel nacional”⁷⁸. Por su parte, Julian Zet declaró que le “tocó vivir junto a [Florencio Chitay alias] don Lencho [...], líder de [su] aldea, que luchó por el bienestar de [la] comunidad, pagando con su vida, la entrega al servicio de [la gente]”⁷⁹.

113. En razón de lo anterior, con el hostigamiento y posterior desaparición de Florencio Chitay no sólo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del período comprendido en su cargo, sino

⁷⁷ Testimonio de Pablo Werner Ramírez Rivas, *supra* nota 53.

⁷⁸ Testimonio de Gabriel Augusto Guerra, *supra* nota 58.

⁷⁹ Testimonio de Julián Zet, *supra* nota 56.

que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. Asimismo, la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.

114. La Corte ha reconocido que el Estado debe garantizar que “los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...] puedan participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos [...] y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁸⁰. Lo contrario incide en la carencia de representación en los órganos encargados de adoptar políticas y programas que podrían influir en su desarrollo⁸¹.

115. El Tribunal nota que, en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación⁸² y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho.

⁸⁰ *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra* nota 108, párr. 225.

⁸¹ *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra* nota 108, párr. 227.

⁸² La Corte ha establecido que “el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación”. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra* nota 108, párr. 200.

116. En el presente caso Florencio Chitay fue deliberadamente impedido, por la estructura política del Estado, de participar en el ejercicio democrático del mismo en representación de su comunidad, quien de acuerdo a su cosmovisión y tradiciones lo formó para servir y contribuir en la construcción de su libre desarrollo⁸³. Asimismo, la Corte nota que resulta irrazonable que siendo la población indígena una de las mayoritarias en Guatemala, la representación indígena, a través de sus líderes, como Florencio Chitay Nech, se vea truncada.

117. Por tanto, el Estado incumplió su deber de respeto y garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, debido a que con motivo de su desaparición forzada, configurada como una desaparición selectiva, lo privó del ejercicio del derecho a la participación política en representación de su comunidad, reconocido en el artículo 23.1 inciso a) de la Convención Americana.

4. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

118. Los representantes alegaron la violación de los artículos I.a), II y III de la CIDFP.

119. En cuanto al artículo I.a)⁸⁴ de la CIDFP, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y fue ratificada por el Estado el 25 de febrero de 2000, y tomando en consideración que la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech subsiste hasta hoy, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con la obligación de no practicar, permitir o tolerar dicha práctica.

⁸³ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra* nota 108, párrs. 225, 226 y 227.

⁸⁴ El texto íntegro del artículo I de la CIDFP establece que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

120. Por su parte, el artículo II de la CIDFP⁸⁵ no constituye una obligación en sí misma sino una definición del concepto de desaparición forzada, por lo que este Tribunal considera que dicho artículo no puede declararse incumplido en el *cas d'espèce*. Por último, en cuanto al alegato de los representantes del supuesto incumplimiento del artículo III de la CIDFP⁸⁶, esta Corte observa que los representantes no alegaron dicho incumplimiento sino hasta su escrito de alegatos finales. Por lo tanto, el Tribunal estima que se trata de una petición extemporánea, e incumple con las garantías de defensa y con el principio de contradictorio⁸⁷.

* *

121. En conclusión, la Corte estima que el Estado es responsable por la desaparición forzada de Florencio Chitay, ya que fue privado de su libertad de manera ilegal por agentes del Estado o por particulares con aquiescencia del Estado, sin que a la fecha se conozca su paradero. Lo anterior en un contexto sistemático de desapariciones forzadas selectivas en Guatemala, dirigidas, entre otros, contra líderes indígenas, con el objetivo de desarticular toda forma de representación política a través del terror y coartando así

⁸⁵ El texto íntegro del artículo II de la CIDFP señala que para los efectos de dicha Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

⁸⁶ El texto íntegro del artículo III de la CIDFP dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

⁸⁷ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, *supra* nota 94, párr. 225, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 290.

la participación popular que fuera contraria a la política del Estado. En específico, el *modus operandi* y el subsiguiente ocultamiento del paradero a que fue sometido el señor Chitay Nech refleja la deliberada intención de extraerlo de la esfera jurídica e impedirle el ejercicio de sus derechos tanto civiles como políticos. La situación agravada de vulnerabilidad a la cual fue sometido sin duda le provocó profundos sentimientos de angustia, miedo e indefensión, lo cual implicó la vulneración de su integridad personal y vida. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 (Derecho a la Libertad Personal), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 4.1 (Derecho a la Vida), 3 (Derecho al Reconocimiento a la Personalidad Jurídica) y 23.1 (Derechos Políticos) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en relación con el artículo I.a) de la CIDFP, en perjuicio de Florencio Chitay Nech, por haberlo desaparecido forzosamente. [...]

El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia

Comité de Derechos Humanos

Observación General N° 32

Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

23 de agosto de 2007

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La presente observación general sustituye la Observación general N° 13 (21° período de sesiones).

2. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley. El artículo 14 del Pacto tiene por objeto velar por la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, garantiza una serie de derechos específicos.

3. El artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación. La primera oración del párrafo 1 establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante estas instancias. La segunda oración de este mismo párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial,

establecido por la ley, si se enfrentan a una acusación de carácter penal o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil. En estas actuaciones la prensa y el público sólo pueden ser excluidos de las vistas públicas en los casos especificados en la tercera oración del párrafo 1. Los párrafos 2 a 5 del artículo prevén las garantías procesales de que disponen las personas acusadas de un delito. El párrafo 6 establece un derecho sustantivo a la indemnización cuando se haya producido un error judicial en una causa penal. El párrafo 7 prohíbe que una persona pueda ser juzgada dos veces por un mismo delito y garantiza con ello una libertad sustantiva, a saber, el derecho de toda persona a no ser juzgada o sancionada por un delito por el cual ya haya sido condenada o absuelta en sentencia firme. En sus informes, los Estados Partes en el Pacto deberían distinguir claramente entre estos diferentes aspectos del derecho a un juicio imparcial.

4. El artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno.

5. Aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 pueden ser aceptables, una reserva general al derecho a un juicio imparcial sería incompatible con el objeto y el fin del Pacto¹.

6. Si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías

¹ Observación general N° 24: sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de su ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párr. 8.

procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayen la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión. Así, por ejemplo, al ser imposible suspender la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier juicio que se concluya con la imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción deberá guardar conformidad con las disposiciones del Pacto, incluidos todos los requisitos del artículo 14². De manera análoga, como tampoco puede suspenderse ninguna de las disposiciones del artículo 7, ninguna declaración o confesión o, en principio, ninguna prueba que se obtenga en violación de esta disposición podrá admitirse en los procesos previstos por el artículo 14, incluso durante un estado de excepción³, salvo si una declaración o confesión obtenida en violación del artículo 7 se utiliza como prueba de tortura u otro trato prohibido por esta disposición⁴. En ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia⁵.

II. IGUALDAD ANTE LOS TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA

7. La primera oración del párrafo 1 del artículo 14 garantiza en términos generales el derecho a la igualdad ante los tribunales y las cortes de justicia. Esta garantía no sólo se aplica a las cortes y tribunales de justicia a que se refiere la segunda oración de este párrafo del artículo 14, sino que también debe respetarse siempre que el derecho interno confíe a un órgano una función judicial⁶.

² Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párr. 15.

³ Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párrs. 7 y 15.

⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁵ Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párr. 11.

⁶ Comunicaciones Nos. 1015/2001, Perterer c. Austria, párr. 9.2 (procedimientos disciplinarios contra un funcionario público); 961/2000, Everett c. España, párr. 6.4 (extradición).

8. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.

9. El artículo 14 incluye el derecho de acceso a los tribunales en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia. El derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado Parte. Una situación en la que los intentos del individuo de acceder a las cortes o tribunales competentes se vean sistemáticamente frustrados de jure o de facto va en contra de la garantía reconocida en la primera oración del párrafo 1 del artículo 14⁷. Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables. La garantía se infringe si a determinadas personas se les impide entablar una acción contra cualquier otra persona por razones tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición⁸.

⁷ Comunicación N° 468/1991, *Oló Bahamonde c. la Guinea Ecuatorial*, párr. 9.4.

⁸ Comunicación N° 202/1986, *Alto del Avellanal c. el Perú*, párr. 10.2 (limitación al marido del derecho a representar el patrimonio conyugal ante los tribunales, excluyendo así a la mujer casada del derecho de legitimación activa). Véase también la Observación general N° 18: No discriminación, párr. 7.

10. El que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido. Si bien en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la garantía de la asistencia letrada en el proceso penal, se alienta a los Estados a proporcionar asistencia letrada gratuita también en otros casos, cuando las personas carezcan de medios suficientes para pagarla. En algunos casos, pueden estar incluso obligados a hacerlo. Por ejemplo, cuando una persona condenada a muerte desee obtener la revisión constitucional de irregularidades cometidas en un juicio penal y carezca de medios suficientes para sufragar el costo de la asistencia jurídica necesaria para interponer ese recurso, el Estado estará obligado a suministrar la asistencia jurídica de conformidad con el párrafo 1 del artículo 14, en conjunción con el derecho a un recurso efectivo, consagrado en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto⁹.

11. De modo análogo, la imposición de costas a las partes en un proceso judicial que de hecho impida el acceso de una persona a la justicia puede plantear cuestiones en virtud del párrafo 1 del artículo 14¹⁰. En particular, una obligación rígida según la ley de atribuir costas a la parte vencedora sin tener en cuenta las consecuencias de ello o sin proporcionar asistencia letrada podría surtir un efecto disuasivo en las personas que desearan reivindicar los derechos que les asisten en virtud del Pacto en las actuaciones judiciales de que disponen¹¹.

12. El derecho a la igualdad de acceso a los tribunales y cortes de justicia, consagrado en el párrafo 1 del artículo 14, se refiere al acceso a los procedimientos de primera instancia y no aborda la cuestión del derecho de apelación u otros recursos¹².

⁹ Comunicaciones Nos. 377/1989, Currie c. Jamaica, párr. 13.4; 704/1996, Shaw c. Jamaica, párr. 7.6; 707/1996, Taylor c. Jamaica, párr. 8.2; 752/1997, Henry c. Trinidad y Tabago, párr. 7.6; 845/1998, Kennedy c. Trinidad y Tabago, párr. 7.10.

¹⁰ Comunicación N° 646/1995, Lindon c. Australia, párr. 6.4.

¹¹ Comunicación N° 779/1997, Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia, párr. 7.2.

¹² Comunicación N° 450/1991, I. P. c. Finlandia, párr. 6.2.

13. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado¹³. No hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión, pero el procesado no¹⁴. El principio de igualdad entre las partes se aplica también a los procesos civiles y exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte¹⁵. En casos excepcionales, también puede exigirse que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella.

14. La igualdad ante los tribunales y cortes de justicia también exige que los casos similares sean tratados en procesos similares. Si, por ejemplo, para la determinación de ciertas categorías de casos se aplican procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos¹⁶, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción.

III. UNA AUDIENCIA PÚBLICA CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS ANTE UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

15. El derecho a una audiencia pública y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, está garantizado en la segunda oración del párra-

¹³ Comunicación N° 1347/2005, *Dudko c. Australia*, párr. 7.4.

¹⁴ Comunicación N° 1086/2002, *Weiss c. Austria*, párr. 9.6. Otro ejemplo de violación del principio de igualdad de medios figura en la comunicación N° 223/1987, *Robinson c. Jamaica*, párr. 10.4 (suspensión de audiencia).

¹⁵ Comunicación N° 846/1999, *Jansen-Gielen c. los Países Bajos*, párr. 8.2 y N° 779/1997, *Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia*, párr. 7.4.

¹⁶ Por ejemplo, cuando quedan excluidos los juicios con jurado para determinadas categorías de delincuentes. Véase “Observaciones finales, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, CCPR/CO/73/UK (2001), párr. 18 o delitos.

fo 1 del artículo 14 cuando se trata de sustanciar una acusación de carácter penal formulada contra una persona o de determinar sus derechos u obligaciones de carácter civil. Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han de considerar punibles. La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad¹⁷

16. El concepto de la determinación de derechos u obligaciones “de carácter civil” (“*in a suit of law*”/“*de caractère civil*”) es más complejo. Este concepto se expresa con fórmulas distintas en las diversas versiones lingüísticas del Pacto, que, según su artículo 53, son igualmente auténticas, y los *travaux préparatoires* no resuelven las discrepancias entre los textos en los distintos idiomas. El Comité observa que el concepto de “derechos u obligaciones de carácter civil”, o su equivalente en otros idiomas, se basa en la naturaleza del derecho de que se trata, más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales para la determinación de derechos específicos¹⁸. Se trata de un concepto que abarca: a) no sólo los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones relativos a los contratos, la propiedad y los perjuicios extracontractuales en derecho privado, sino también b) las nociones equivalentes de derecho administrativo, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios¹⁹, la determinación de las prestaciones de la seguridad social²⁰, los derechos de pensión de los soldados²¹, los procedimientos relativos al uso de terrenos públicos²² o la apropiación de propiedades privadas. Además, este concepto puede abarcar c) otros procedimientos que deben determinarse caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate.

¹⁷ Comunicación N° 1015/2001, *Perterer c. Austria*, párr. 9.2.

¹⁸ Comunicación N° 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, párrs. 9.1 y 9.2.

¹⁹ Comunicación N° 441/1990, *Casanovas c. Francia*, párr. 5.2.

²⁰ Comunicación N° 454/1991, *García Pons c. España*, párr. 9.3.

²¹ Comunicación N° 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, párr. 9.3.

²² Comunicación N° 779/1997, *Äärelä y Näkkäläjätvi c. Finlandia*, párrs. 7.2 a 7.4.

17. En cambio, el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia previsto en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 no es aplicable cuando la legislación interna no concede ningún derecho a la persona interesada. Por ello el Comité sostiene que esta disposición no se aplica en los casos en que la legislación interna no confiere ningún derecho a obtener un ascenso en la función pública²³, o a ser nombrado juez²⁴, o bien a que un órgano ejecutivo conmute una sentencia a la pena capital²⁵. Además, no se consideran derechos u obligaciones de carácter civil cuando las personas son sometidas a medidas adoptadas en su contra en cuanto personas subordinadas a un nivel alto de control administrativo, como en el caso de las medidas disciplinarias que no equivalen a sanciones penales tomadas contra un funcionario público²⁶, un miembro de las fuerzas armadas o un preso. Esta garantía, además, no se aplica a los procedimientos de extradición, expulsión y deportación²⁷. Si bien no existe el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia, que se estipula en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, en estos y otros casos similares pueden aplicarse otras garantías procesales²⁸.

18. La noción de “tribunal”, en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial. La segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 garantiza el acceso a los tribunales a toda persona contra la que se haya formulado una acusación penal. Este derecho no es susceptible de ninguna limitación, por lo que cualquier condena penal de un órgano que

²³ Comunicación N° 837/1998, *Kolanowski c. Polonia*, párr. 6.4.

²⁴ Comunicaciones Nos. 972/2001, *Kazantzis c. Chipre*, párr. 6.5; 943/2000, *Jacobs c. Bélgica*, párr. 8.7 y 1396/2005, *Rivera Fernández c. España*, párr. 6.3.

²⁵ Comunicación N° 845/1998, *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.4.

²⁶ Comunicación N° 1015/2001, *Perterer c. Austria*, párr. 9.2 (despido disciplinario).

²⁷ Comunicaciones Nos. 1341/2005, *Zundel c. el Canadá*, párr. 68; 1359/2005, *Espósito c. España*, párr. 7.6.

²⁸ Véase el párrafo 62, *infra*.

no constituya un tribunal será incompatible con esta disposición. De modo análogo, cuando se determinen derechos y obligaciones de carácter civil, esta determinación deberá hacerla, por lo menos en una de las etapas del proceso, un tribunal en el sentido que se le da en esta oración. El Estado Parte que no establezca un tribunal competente para determinar estos derechos y obligaciones, o no permita el acceso a dicho tribunal en ciertos casos habrá cometido una violación del artículo 14 si estas limitaciones no están basadas en la legislación interna o no son necesarias para lograr objetivos legítimos, como la debida administración de justicia, o están basadas en excepciones de la jurisdicción que se derivan del derecho internacional, como, por ejemplo, la inmunidad, o si el acceso de la persona se ha limitado hasta tal punto que queda mermada la esencia misma del derecho.

19. El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna²⁹. El requisito de independencia se refiere, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo. Los Estados deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones por medio de la Constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento, la remuneración, el mandato, la promoción, la suspensión y la destitución, y las sanciones disciplinarias en relación con los miembros de la judicatura³⁰. Toda situación en

²⁹ Comunicación N° 263/1987, González del Río c. el Perú, párr. 5.2.

³⁰ Observaciones finales sobre Eslovaquia, CCPR/79/Add.79 (1997), párr. 18.

que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente³¹. Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley deberá garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia en el cargo por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, condiciones de servicio, pensiones y una edad de jubilación adecuadas.

20. Los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial³². Esto también se aplica, por ejemplo, a la destitución por el poder ejecutivo de jueces presuntamente corruptos sin que se siga ninguno de los procedimientos establecidos en la ley³³.

21. El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra³⁴. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afec-

³¹ Comunicación N° 468/1991, Oló Bahamonde c. la Guinea Ecuatorial, párr. 9.4.

³² Comunicación N° 814/1998, Pastukhov c. Belarús, párr. 7.3.

³³ Comunicación N° 933/2000, Mundy Busyo y otros c. la República Democrática del Congo, párr. 5.2.

³⁴ Comunicación N° 387/1989, Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2.

tado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado³⁵.

22. Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares. El Comité observa que en muchos países existen tribunales militares o especiales que enjuician a civiles. Aunque el Pacto no prohíbe el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales, esos juicios, sin embargo, deben desarrollarse en condiciones que permitan la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14, sin que dichas garantías puedan limitarse o sean modificadas por la índole militar o especial del tribunal de que se trate. El Comité observa también que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales puede plantear problemas graves en cuanto a que la administración de justicia sea equitativa, imparcial e independiente. Por consiguiente, es importante que se tomen todas las medidas posibles para velar por que tales juicios se desarrollen en condiciones en que puedan observarse plenamente las garantías estipuladas en el artículo 14. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares debe ser excepcional³⁶, es decir, limitarse a los casos en que el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante esos procesos³⁷.

23. Algunos países han recurrido, por ejemplo, en el marco de la adopción de medidas para combatir las actividades terroristas, a tribunales especiales de “jueces sin rostro”, integrados por jueces anónimos. Tales tribunales, aun cuando la identidad y la condición de tales jueces hayan sido verificadas por una autoridad indepen-

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Véase también el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, art. 64, y Comentario general N° 31 (2004) relativo a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, par. 11.

³⁷ Comunicación N° 1172/2003, *Madani c. Argelia*, párr. 8.7.

diente, suelen adolecer no sólo del problema de que el acusado desconoce la identidad y la condición de los jueces, sino también de otras irregularidades, como la exclusión del público, o incluso del acusado o sus representantes³⁸, de las actuaciones³⁹; restricciones del derecho a un abogado de propia elección⁴⁰; graves restricciones o denegación del derecho del acusado a comunicarse con sus abogados, en especial cuando se encuentra en situación de detención incomunicada⁴¹; amenazas a los abogados⁴²; plazos insuficientes para la preparación de la causa⁴³; graves restricciones o denegación del derecho a citar e interrogar o pedir que se interroge a testigos, en particular la prohibición de contrainterrogar a determinadas categorías de testigos, por ejemplo, a los agentes de policía responsables de la detención e interrogatorio del acusado⁴⁴. Los tribunales, con o sin “jueces sin rostro”, en circunstancias como éstas, no satisfacen las normas fundamentales de un juicio con las debidas garantías ni en particular, el requisito de que el tribunal debe ser independiente e imparcial⁴⁵.

24. El artículo 14 es también pertinente en los casos en que un Estado, en su ordenamiento jurídico, reconoce tribunales basados en el derecho consuetudinario o tribunales religiosos y les confía tareas judiciales. Debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado, a menos que se satisfagan los siguientes requisitos: que los

³⁸ Comunicación N° 1298/2004, *Becerra Barney c. Colombia*, párr. 7.2

³⁹ Comunicaciones Nos. 577/1994, *Polay Campos c. el Perú*, párr. 8.8; 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1; 1126/2002; *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5.

⁴⁰ Comunicación N° 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1.

⁴¹ Comunicaciones Nos. 577/1994, *Polay Campos c. el Perú*, párr. 8.8; 1126/2002, *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5.

⁴² Comunicación N° 1058/2002, *Vargas Mas c. el Perú*, párr. 6.4.

⁴³ Comunicación N° 1125/2002, *Quispe Roque c. el Perú*, párr. 7.3.

⁴⁴ Comunicaciones Nos. 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1; 1126/2002, *Carranza Alegre c. el Perú*, párr. 7.5; 1125/2002, *Quispe Roque c. el Perú*, párr. 7.3; 1058/2002, *Vargas Mas c. el Perú*, párr. 6.4.

⁴⁵ Comunicaciones Nos. 577/1994, *Polay Campos c. el Perú*, párr. 8.8; 678/1996, *Gutiérrez Vivanco c. el Perú*, párr. 7.1.

procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores, que reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto, y que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto. Estos principios son válidos independientemente de la obligación general del Estado de proteger los derechos enunciados en el Pacto respecto de toda persona afectada por los procedimientos de los tribunales consuetudinarios y religiosos.

25. La noción de juicio con las debidas garantías incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial. Un proceso equitativo entraña la ausencia de toda influencia, presión, intimidación o intrusión directa o indirecta de cualquier parte o por cualquier motivo. Una audiencia no es imparcial si, por ejemplo, el acusado en un proceso penal enfrenta la expresión de una actitud hostil de parte del público o el apoyo de una parte en la sala del tribunal que es tolerada por el tribunal, con lo que se viola el derecho a la defensa⁴⁶ o el acusado queda expuesto a otras manifestaciones de hostilidad con efectos similares. Las expresiones de actitudes racistas por parte de los miembros de un jurado toleradas por el tribunal o una selección racialmente tendenciosa de los miembros del jurado⁴⁷ son otros casos que afectan negativamente el carácter equitativo del proceso.

26. El artículo 14 garantiza únicamente la igualdad y la imparcialidad en los procedimientos judiciales y no puede ser interpretado en el sentido de que garantiza la ausencia de errores de parte del tribunal competente⁴⁸. En general, incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto o una denegación de justicia o que el tribunal incumplió de

⁴⁶ Comunicación N° 770/1997, Gridin c. la Federación de Rusia, párr. 8.2.

⁴⁷ Véase CERD, comunicación N° 3/1991, Narrainen c. Noruega, párr. 9.3.

⁴⁸ Comunicaciones Nos. 273/1988, B. d. B. c. los Países Bajos, párr. 6.3; 1097/2002, Martínez Mercader y otros c. España, párr. 6.3.

algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad⁴⁹. La misma norma se aplica a las instrucciones específicas que un juez da al jurado en los juicios por jurado⁵⁰.

27. Un importante aspecto de la imparcialidad de un juicio es su carácter expeditivo. Si bien en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la cuestión de las dilaciones indebidas en los procedimientos penales, las demoras en los procedimientos civiles que no pueden justificarse por la complejidad del caso o el comportamiento de las partes no son compatibles con el principio de una vista imparcial consagrado en el párrafo 1 de esta disposición⁵¹. Cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia⁵².

28. En principio, todos los juicios en casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura la transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral⁵³. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos

⁴⁹ Comunicaciones Nos. 1188/2003, Riedl-Riedenstein y otros c. Alemania, párr. 7.3; 886/1999, Bondarenko c. Belarús, párr. 9.3; 1138/2002, Arenz y otros c. Alemania, decisión de admisibilidad, párr. 8.6.

⁵⁰ Comunicaciones N° 253/1987, Kelly c. Jamaica, párr. 5.13; N° 349/1989, Wright c. Jamaica, párr. 8.3.

⁵¹ Comunicaciones Nos. 203/1986, Muñoz Hermoza c. el Perú, párr. 11.3; 514/1992, Fei c. Colombia, párr. 8.4.

⁵² Véanse, por ejemplo, observaciones finales, República Democrática del Congo, CCPR/C/COD/CO/3 (2006), párr. 21, y República Centroafricana, CCPR/C/CAF/CO/2 (2006), párr. 16.

⁵³ Comunicación N° 215/1986, Van Meurs c. los Países Bajos, párr. 6.2.

de apelación, que pueden realizarse sobre la base de presentaciones escritas⁵⁴, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas⁵⁵.

29. En el párrafo 1 del artículo 14 se reconoce que los tribunales están facultados para excluir a la totalidad o a parte del público de un juicio por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, en circunstancias especiales en que la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. Aparte de tales circunstancias excepcionales, toda audiencia deberá estar abierta al público en general, incluidos los miembros de los medios de comunicación, y no estar limitada, por ejemplo, sólo a una categoría particular de personas. Aun en los casos en que se excluye al público del juicio, la sentencia, con inclusión de las conclusiones esenciales, las pruebas clave y los fundamentos jurídicos, se deberá hacer pública, excepto cuando el interés de menores de edad exija lo contrario, o en los procedimientos referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

IV. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

30. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado⁵⁶. Normalmente, los acusados no deberán llevar gri-

⁵⁴ Comunicación N° 301/1988, R. M. c. Finlandia, párr. 6.4.

⁵⁵ Comunicación N° 819/1998, Kavanagh c. Irlanda, párr. 10.4.

lletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia. Además, la duración de la detención preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta⁵⁷. La denegación de la libertad bajo fianza⁵⁸ o las conclusiones de responsabilidad en procedimientos civiles⁵⁹ no afectan a la presunción de inocencia.

V. DERECHOS DE LAS PERSONAS ACUSADAS DE DELITOS

31. El derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos formulados contra ella, consagrado en el apartado a) del párrafo 3, es la primera de las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el artículo 14. Esta garantía se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de personas no detenidas, mas no a las investigaciones penales que preceden a la formulación de los cargos⁶⁰. La obligación de informar a la persona sobre las razones de su detención se establece por separado, en el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto⁶¹. El derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno⁶², formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa

⁵⁶ Comunicación N° 770/1997, Gridin c. la Federación de Rusia, párrs. 3.5 y 8.3.

⁵⁷ Sobre la relación entre el párrafo 2 del artículo 14 y el artículo 9 del Pacto, véanse, por ejemplo, observaciones finales, Italia, CCPR/C/ITA/CO/5, párr. 14, y Argentina, CCPR/CO/70/ARG, párr. 10.

⁵⁸ Comunicación N° 788/1997, Cagas, Butin y Astillerro c. Filipinas, párr. 7.3.

⁵⁹ Comunicaciones Nos. 207/1986, Morael c. Francia, párr. 9.5; 408/1990, W. J. H. c. los Países Bajos, párr. 6.2; 432/1990, W. B. E. c. los Países Bajos, párr. 6.6.

⁶⁰ Comunicación N° 1056/2002, Khachatryan c. Armenia, párr. 6.4.

⁶¹ Comunicación N° 253/1987, Kelly c. Jamaica, párr. 5.8.

⁶² Comunicaciones Nos. 1128/2002, Márques de Morais c. Angola, párr. 5.4 y 253/1987, Kelly c. Jamaica, párr. 5.8.

de haber cometido un delito. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito, o por escrito, a condición de bien que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación. En el caso de los procesos *in absentia* se requiere, de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, que, pese a la no comparecencia del acusado, se hayan tomado todas las medidas posibles para informarle de las acusaciones y de su juicio⁶³.

32. El apartado b) del párrafo 3 estipula que los acusados deben disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y deben poder comunicarse con un defensor de su elección. Esta disposición es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios⁶⁴. En caso de que un acusado carezca de medios, la comunicación con la parte letrada sólo puede garantizarse si se le proporciona un intérprete sin costo alguno⁶⁵. Lo que constituye “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio⁶⁶. El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia⁶⁷. Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se

⁶³ Comunicación N° 16/1977, Mbenge c. el Zaire, párr. 14.1.

⁶⁴ Comunicaciones Nos. 282/1988, Smith c. Jamaica, párr. 10.4; 226 y 256/1987, Sawyers, Mclean and Mclean c. Jamaica, párr. 13.6.

⁶⁵ Véase la comunicación N° 451/1991, Harward c. Noruega, párr. 9.5.

⁶⁶ Comunicación N° 1128/2002, Morais c. Angola, párr. 5.6. Asimismo, comunicaciones Nos. 349/1989, Wright c. Jamaica, párr. 8.4; 272/1988, Thomas c. Jamaica, párr. 11.4; 230/87, Henry c. Jamaica, párr. 8.2; 226 y 256/1987, Sawyers, Mclean y Mclean c. Jamaica, párr. 13.6.

⁶⁷ Comunicación N° 1128/2002, Morais c. Angola, párr. 5.4.

impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa⁶⁸.

33. Los “medios adecuados” deben comprender el acceso a los documentos y otras pruebas; ese acceso debe incluir todos los materiales⁶⁹ que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (por ejemplo, indicios de que una confesión no fue hecha voluntariamente). En los casos en que se afirme que se obtuvieron pruebas en violación del artículo 7, también debe presentarse información sobre las circunstancias en que se obtuvieron las pruebas para que se pueda evaluar dicha afirmación. Si el acusado no habla el idioma en que se celebra el juicio, pero está representado por un abogado que conoce ese idioma, podrá bastar que se faciliten a éste los documentos pertinentes del expediente⁷⁰.

34. El derecho a comunicarse con el defensor exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado. Los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones⁷¹. Además, los abogados deben poder asesorar y representar a las personas acusadas de un delito de conformidad con la ética profesional establecida, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

35. El derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, previsto en el apartado c) del párrafo 3 de artículo 14, no sólo tiene el propósito de evitar que las personas permanezcan demasia-

⁶⁸ Comunicaciones Nos. 913/2000, Chan c. Guyana, párr. 6.3; 594/1992, Phillip c. Trinidad y Tobago, párr 7.2.

⁶⁹ Véanse observaciones finales, Canadá, CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 13.

⁷⁰ Comunicación N° 451/1991, Harward c. Noruega, párr. 9.5.

⁷¹ Comunicaciones Nos. 1117/2002, Khomidova c. Tayikistán, párr. 6.4; 907/2000, Siragev c. Uzbekistán, párr. 6.3; 770/1997, Gridin c. la Federación de Rusia, párr. 8.5.

do tiempo en la incertidumbre acerca de su suerte y, si se las mantiene recluidas durante el período del juicio, de garantizar que dicha privación de libertad no se prolongue más de lo necesario en las circunstancias del caso, sino también que redunde en interés de la justicia. Lo que es razonable deberá evaluarse en las circunstancias de cada caso⁷², teniendo en cuenta principalmente la complejidad del caso, la conducta del acusado y la manera como las autoridades administrativas y judiciales hayan abordado el asunto. En los casos en que el tribunal niegue a los acusados la libertad bajo fianza, éstos deben ser juzgados lo más rápidamente posible⁷³. Esta garantía se refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación⁷⁴. Todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilaciones indebidas”, tanto en primera instancia como en apelación.

36. El apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 contiene tres garantías bien definidas. En primer lugar, la disposición establece que los acusados tienen derecho a estar presentes durante su juicio. Los procesos *in absentia* de los acusados pueden estar permitidos en algunas circunstancias en interés de la debida administración de la justicia, por ejemplo cuando los acusados, no obstante haber sido informados del proceso con suficiente antelación, renuncian a ejercer

⁷² Véase, por ejemplo, la comunicación N° 818/1998, Sextus c. Trinidad y Tabago, párr. 7.2, referente a una demora de 22 meses entre la imputación al acusado de un delito punible con la pena de muerte y el comienzo del juicio, sin que mediaran circunstancias específicas que justificaran esa dilación. En la comunicación N° 537/1993, Kelly c. Jamaica, párr. 5.11, una demora de 18 meses entre la acusación y el comienzo del juicio no constituyó una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14. Véanse también la comunicación N° 676/1996, Yasseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.11 (dilación de dos años entre una decisión del Tribunal de Apelación y la reapertura del proceso), y la comunicación N° 938/2000, Siewpersaud, Sukhram y Persaud c. Trinidad y Tabago, párr. 6.2 (duración total del proceso penal de casi cinco años, sin explicación alguna del Estado Parte que justificara la demora).

⁷³ Comunicación N° 818/1998, Sextus c. Trinidad y Tabago, párr. 7.2.

⁷⁴ Comunicaciones Nos. 1089/2002, Rouse c. Filipinas, párr. 7.4; 1085/2002, Taright, Touadi, Remli y Yousfi c. Argelia, párr. 8.5.

su derecho a estar presentes. En consecuencia, esos juicios son solamente compatibles con el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 si se han adoptado las medidas necesarias para convocar a los acusados con antelación suficiente y se les ha informado de antemano de la fecha y el lugar de su juicio, solicitándoles su asistencia⁷⁵.

37. En segundo lugar, el derecho de todos los acusados de un delito penal a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho, conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional, y a prestar testimonio en su propio nombre. Al mismo tiempo, el tenor del Pacto es claro, en todos los idiomas oficiales, en el sentido de que prevé el derecho a defenderse personalmente “o” a ser asistido por un defensor de su elección, lo que entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado. Sin embargo, este derecho a defenderse sin abogado no es absoluto. En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente. Sin embargo, toda restricción del deseo de los acusados de defenderse por su cuenta tendrá que tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no ir más allá de lo que sea necesario para sostener el interés de la justicia. Por consiguiente, la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado⁷⁶.

⁷⁵ Comunicaciones Nos. 16/1977, Mbenge c. el Zaire, párr. 14.1; 699/1996, Maleki c. Italia, párr. 9.3.

⁷⁶ Comunicación N° 1123/2002, Correia de Matos c. Portugal, párrs. 7.4 y 7.5.

38. En tercer lugar, el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho de los acusados a que se les nombre un defensor de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija, y gratuitamente si carecen de medios suficientes para pagarlo. La gravedad del delito es importante al decidir si ha de nombrarse un abogado en “el interés de la justicia”⁷⁷, así como cuando existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la fase de apelación⁷⁸. En los casos sancionables con la pena capital, es axiomático que los acusados deben ser asistidos efectivamente por un abogado en todas las etapas del proceso⁷⁹. Los abogados nombrados por las autoridades competentes sobre la base de esta disposición deberán representar efectivamente a los acusados. A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado⁸⁰, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte⁸¹, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos⁸², pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia⁸³. También se viola esta disposición si el tribunal u otra autoridad competente impiden que los abogados nombrados cumplan debidamente sus funciones⁸⁴.

⁷⁷ Comunicación N° 646/1995, *Lindon c. Australia*, párr. 6.5.

⁷⁸ Comunicación N° 341/1988, *Z. P. c. el Canadá*, párr. 5.4.

⁷⁹ Comunicaciones Nos. 985/2001, *Aliboeva c. Tayikistán*, párr. 6.4; 964/2001, *Saidova c. Tayikistán*, párr. 6.8; 781/1997, *Aliev c. Ucrania*, párr. 7.3; 554/1993, *LaVende c. Trinidad y Tobago*, párr. 58.

⁸⁰ Comunicación N° 383/1989, *H. C. c. Jamaica*, párr. 6.3.

⁸¹ Comunicación N° 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, párr. 9.5.

⁸² Comunicación N° 838/1998, *Hendricks c. Guyana*, párr. 6.4. Respecto del caso de ausencia de un representante legal del autor durante el examen de un testigo en una audiencia preliminar, véase la comunicación N° 775/1997, *Brown c. Jamaica*, párr. 6.6.

⁸³ Comunicaciones Nos. 705/1996, *Taylor c. Jamaica*, párr. 6.2 ; 913/2000, *Chan c. Guyana*, párr. 6.2; 980/2001, *Hussain c. Mauricio*, párr. 6.3.

⁸⁴ Comunicación N° 917/2000, *Arutyunyan c. Uzbekistán*, párr. 6.3.

39. El apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho de las personas acusadas a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Como aplicación del principio de la igualdad de medios, esta garantía es importante para asegurar una defensa efectiva por los acusados y sus abogados y, en consecuencia, garantiza a los acusados las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogarlos y conainterrogarlos que las que tiene la acusación. Sin embargo, no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino sólo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. Dentro de estas limitaciones, y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 7⁸⁵, corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluada por los tribunales.

40. El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal, conforme a lo dispuesto en el apartado f) del párrafo 3 del artículo 14, consagra otro aspecto de los principios de la equidad y la igualdad de medios en los procesos penales⁸⁶. Este derecho existe en todas las etapas del procedimiento oral y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Sin embargo, las personas acusadas cuyo idioma materno difiera del idioma oficial del tribunal no tendrán, en principio, derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si conocen el idioma oficial suficientemente bien para defenderse efectivamente⁸⁷.

⁸⁵ Véase el párrafo 6, *supra*.

⁸⁶ Comunicación N° 219/1986, Guesdon c. Francia, párr. 10.2.

⁸⁷ *Ibíd.*

41. Por último, el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable. Esta salvaguardia debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. Con mayor razón es inaceptable tratar a un acusado de forma contraria al artículo 7 del Pacto a fin de obligarlo a confesar⁸⁸. El derecho interno debe establecerse que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición⁸⁹, y que en tales casos recaerá sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad⁹⁰.

VI. MENORES DE EDAD

42. El párrafo 4 del artículo 14 dispone que en los procedimientos aplicables a los menores de edad se tendrán en cuenta su edad y la importancia de estimular su readaptación social. Los menores de edad deben gozar por lo menos de las mismas garantías y protección que el artículo 14 del Pacto concede a los adultos. Además, los menores necesitan una protección especial. En los procedimientos penales, en particular, deben ser informados de los cargos que pesan en su contra y, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, recibir asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa, ser juzgados sin demo-

⁸⁸ Comunicaciones Nos. 1208/2003, Kurbonov c. Tayikistán, párrs. 6.2 a 6.4; 1044/2002, Shukurova c. Tayikistán, párrs. 8.2 y 8.3; 1033/2001, Singarasa c. Sri Lanka, párr. 7.4; 912/2000, Deolall c. Guyana, párr. 5.1; 253/1987, Kelly c. Jamaica, párr. 5.5.

⁸⁹ Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 15. En lo relativo a otras pruebas obtenidas en violación del artículo 7 del Pacto, véase el párrafo 6, supra.

⁹⁰ Comunicaciones Nos. 1033/2001, Singarasa c. Sri Lanka, párr. 7.4; 253/1987, Kelly c. Jamaica, párr. 7.4.

ra en una audiencia con las debidas garantías, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asistencia adecuada y, a menos que se considere que ello sea contrario al interés superior del niño, en particular teniendo en cuenta su edad o situación, en presencia de sus padres o tutores legales. La detención antes del juicio o durante él debe evitarse en la medida de lo posible⁹¹.

43. Los Estados deben adoptar medidas para establecer un sistema adecuado de justicia penal de menores que garantice que éstos sean tratados de una forma compatible con su edad. Es importante establecer una edad mínima por debajo de la cual no se enjuiciará a los menores por delitos penales; esa edad deberá tener en cuenta su inmadurez física y mental.

44. Siempre que sea apropiado, en particular cuando se trate de rehabilitar a los menores que presuntamente hayan cometido actos prohibidos por el derecho penal, deberán preverse medidas distintas de los procedimientos judiciales, como la mediación entre el autor y la víctima, conferencias con la familia del autor, servicios de orientación y apoyo psicológico, servicios a la comunidad o programas educativos, a condición de que sean compatibles con los requisitos del Pacto y otras normas pertinentes de derechos humanos.

VII. REVISIÓN POR UN TRIBUNAL SUPERIOR

45. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Como demuestran las versiones en los diferentes idiomas ("*crime*", "*infractio*n", "delito"), la garantía no se limita a los delitos más graves. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que éste es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere más bien a la determinación de las

⁹¹ Véase la Observación general N° 17 (1989) sobre el artículo 24 (Derechos del niño), párr. 4.

modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión⁹², así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto. El párrafo 5 del artículo 14 no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de apelación⁹³. Sin embargo, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas⁹⁴.

46. El párrafo 5 del artículo 14 no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil⁹⁵ ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional⁹⁶.

47. El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación⁹⁷ o un tribunal de última instancia⁹⁸ a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto⁹⁹.

48. El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación

⁹² Comunicaciones Nos. 1095/2002, Gomaríz Valera c. España, párr. 7.1; 64/1979, Salgar de Montejó c. Colombia, párr. 10.4.

⁹³ Comunicación N° 1089/2002, Rouse c. Filipinas, párr. 7.6.

⁹⁴ Comunicación N° 230/1987, Henry c. Jamaica, párr. 8.4.

⁹⁵ Comunicación N° 450/1991, I. P. c. Finlandia, párr. 6.2.

⁹⁶ Comunicación N° 352/1989, Douglas, Gentles, Kerr c. Jamaica, párr. 11.2.

⁹⁷ Comunicación N° 1095/2002, Gomaríz Valera c. España, párr. 7.1.

⁹⁸ Comunicación N° 1073/2002, Terrón c. España, párr. 7.4.

⁹⁹ *Ibíd.*

de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa¹⁰⁰. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto¹⁰¹. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o una nueva “audiencia”¹⁰² si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa. Así pues, por ejemplo, no se viola el Pacto si un tribunal de instancia superior examina con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analiza los elementos de prueba que se presentaron en el juicio y los mencionados en la apelación y llega a la conclusión de que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata.¹⁰³

49. El derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación¹⁰⁴, también a otros documentos, como la transcripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar¹⁰⁵. La efectividad de este derecho se ve afectada también, y el párrafo 5 del artículo 14 resulta vulnerado, si la revisión por la instancia superior se retrasa indebidamente en con-

¹⁰⁰ Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c. Belarús, párr. 10.13; 985/2001, Aliboeva c. Tayikistán, párr. 6.5; 973/2001, Khalilova c. Tayikistán, párr. 7.5; 623 a 627/1995, Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.11; 964/2001, Saidova c. Tayikistán, párr. 6.5; 802/1998, Rogerson c. Australia, párr. 7.5; 662/1995, Lumley c. Jamaica, párr. 7.3.

¹⁰¹ Comunicación N° 701/1996, Gómez Vázquez c. España, párr. 11.1.

¹⁰² Comunicaciones Nos. 1110/2002, Rolando c. Filipinas, párr. 4.5; 984/2001, Juma c. Australia, párr. 7.5; 536/1993, Perera c. Australia, párr. 6.4.

¹⁰³ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1156/2003, Pérez Escolar c. España, párr. 9.3; 1389/2005, Bertilli Gálvez c. España, párr. 4.5.

¹⁰⁴ Comunicaciones Nos. 903/1999, Van Hulst c. los Países Bajos, párr. 6.4; 709/1996, Bailey c. Jamaica, párr. 7.2; 663/1995, Morrison c. Jamaica, párr. 8.5.

¹⁰⁵ Comunicación N° 662/1995, Lumley c. Jamaica, párr. 7.5.

travención del apartado c) del párrafo 3 de esa misma disposición¹⁰⁶.

50. Un sistema de revisión que sólo se aplique a las penas que ya se han comenzado a ejecutar no satisface los requisitos del párrafo 5 del artículo 14, independientemente de que esa revisión pueda ser solicitada por la persona declarada culpable o dependa de las facultades discrecionales de un juez o fiscal¹⁰⁷.

51. El derecho a apelar es particularmente importante en los casos de pena de muerte. La denegación de asistencia letrada a una persona indigente por un tribunal que revise una condena a muerte constituye una violación no sólo del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 sino también del párrafo 5 del artículo 14, ya que en esos casos la denegación de asistencia jurídica para apelar impide de hecho una revisión efectiva del fallo condenatorio y de la pena por un tribunal superior¹⁰⁸. El derecho a la revisión del fallo condenatorio se infringe también si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de apoyo de su recurso, privándolo así de la oportunidad de buscar a otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación¹⁰⁹.

VIII. INDEMNIZACIÓN EN CASO DE ERROR JUDICIAL

52. De conformidad con el párrafo 6 del artículo 14, deberá indemnizarse, conforme a la ley, a la persona que haya sido objeto de una sentencia condenatoria firme y haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia si esa sentencia es ulteriormente revocada o el condenado es indultado por haberse descubierto un

¹⁰⁶ Comunicaciones Nos. 845/1998, Kennedy c. Trinidad y Tabago, párr. 7.5; 818/1998, Sextus c. Trinidad y Tabago, párr. 7.3; 750/1997, Daley c. Jamaica, párr. 7.4; 665/1995, Brown y Parish c. Jamaica, párr. 9.5; 614/1995, Thomas c. Jamaica, párr. 9.5; 590/1994, Bennet c. Jamaica, párr. 10.5.

¹⁰⁷ Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c. Belarús, párr. 10.13; 836/1998, Gelzauskas c. Lituania, párr. 7.2.

¹⁰⁸ Comunicación N° 554/1993, LaVende c. Trinidad y Tabago, párr. 5.8.

¹⁰⁹ Véanse las comunicaciones Nos. 750/1997, Daley c. Jamaica, párr. 7.5; 680/1996, Gallimore c. Jamaica, párr. 7.4; 668/1995, Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.3. Véase también la comunicación N° 928/2000, Sooklar c. Trinidad y Tabago, párr. 4.10.

hecho que pruebe plenamente la comisión de un error judicial¹¹⁰. Es necesario que los Estados Partes promulguen legislación que garantice que esa indemnización se pague efectivamente conforme a lo dispuesto en esta disposición, y que el pago se efectúe dentro de un plazo razonable.

53. Esta garantía no es aplicable si se demuestra que la no revelación en el momento oportuno del hecho desconocido es total o parcialmente atribuible al acusado; en tales casos, la carga de la prueba recae en el Estado. Además, no cabe otorgar ninguna indemnización si el fallo condenatorio se anula en apelación, es decir, antes de que sea definitivo¹¹¹, o en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial¹¹².

IX. LA COSA JUZGADA (*NE BIS IN IDEM*)

54. El párrafo 7 del artículo 14 del Pacto, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el que ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país, encarna el principio de la cosa juzgada. Esta disposición prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito; así pues, por ejemplo, una persona que haya sido absuelta por un tribunal civil no podrá ser juzgada nuevamente por el mismo delito por un tribunal militar. El párrafo 7 del artículo 14 no prohíbe repetir el juicio de una persona declarada culpable *in absentia* que solicite la repetición, pero se aplica al segundo fallo condenatorio.

55. Los castigos reiterados a objetores de conciencia por no haber obedecido repetidos mandamientos de incorporación a filas para cumplir el servicio militar pueden equivaler a otras tantas sanciones por

¹¹⁰ Comunicaciones Nos. 963/2001, Uebergang c. Australia, párr. 4.2; 880/1999, Irving c. Australia, párr. 8.3; 408/1990, W. J. H. c. los Países Bajos, párr. 6.3.

¹¹¹ Comunicaciones Nos. 880/1999, Irving c. Australia, párr. 8.4; 868/1999, Wilson c. Filipinas, párr. 6.6.

¹¹² Comunicación N° 89/1981, Muhonen c. Finlandia, párr. 11.2.

un único delito si la consiguiente negativa a acatarlos se apoya en la misma e invariable determinación basada en razones de conciencia¹¹³.

56. La prohibición del párrafo 7 del artículo 14 no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio¹¹⁴. Tampoco se aplica a la reanudación de un juicio penal que se justifique por causas excepcionales, como el descubrimiento de pruebas que no se conocían o no estaban disponibles en el momento de la absolución.

57. Esta garantía concierne a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto¹¹⁵. Además, no garantiza el principio de *ne bis in idem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados¹¹⁶. Este supuesto no debería, sin embargo, socavar los esfuerzos de los Estados para evitar que se juzgue dos veces el mismo delito penal mediante convenios internacionales¹¹⁷.

X. RELACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CON OTRAS DISPOSICIONES DEL PACTO

58. Como conjunto de garantías procesales, el artículo 14 del Pacto desempeña con frecuencia un importante papel en la aplicación de las garantías más sustantivas del Pacto que han de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de las acusaciones de carácter penal contra una persona, así como de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En términos procesales, reviste interés la relación con el derecho a un recurso efectivo reconocido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En general, esta disposición debe respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías del artículo 14¹¹⁸. Sin embargo, en lo que respecta al

¹¹³ Véase Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Opinión N° 36/1999 (Turquía), E/CN.4/2001/Add.1, párr. 9, y Opinión N° 24/2003 (Israel), E/CN.4/2005/6/Add.1, párr. 30.

¹¹⁴ Comunicación N° 277/1988, Terán Jijón c. el Ecuador, párr. 5.4.

¹¹⁵ Comunicación N° 1001/2001, Gerardus Strik c. los Países Bajos, párr. 7.3.

¹¹⁶ Comunicaciones Nos. 692/1996, A. R. J. c. Australia, párr. 6.4; 204/1986, A. P. c. Italia, párr. 7.3.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 20, párr. 3.

¹¹⁸ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1033/2001, Singarasa c. Sri Lanka, párr. 7.4; 823/1998, Czernin c. la República Checa, párr. 7.5.

derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto es una *lex specialis* en relación con el párrafo 3 del artículo 2 cuando se invoca el derecho de acceso a un tribunal de apelación¹¹⁹.

59. En el caso de los juicios que conducen a la imposición de la pena de muerte, el respeto escrupuloso de las garantías de un juicio imparcial es particularmente importante. La imposición de la pena capital al término de un juicio en que no se hayan respetado las disposiciones del artículo 14 del Pacto, constituye una violación del derecho a la vida (artículo 6 del Pacto)¹²⁰.

60. Infligir malos tratos a una persona contra la que pesan acusaciones penales y obligarla a hacer o a firmar, bajo coacción, una confesión de culpabilidad constituye una violación del artículo 7 del Pacto, que prohíbe la tortura y el trato inhumano, cruel y degradante, y del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma o a confesarse culpable¹²¹.

61. Si una persona sospechosa de un delito y detenida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto es acusada del delito pero no es llevada ante un juez por un período de tiempo prolongado, pueden estarse violando al mismo tiempo las prohibiciones de retrasar indebidamente el juicio establecidas en el párrafo 3 del artículo 9 y en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto¹²².

¹¹⁹ Comunicación N° 1073/2002, Terrón c. España, párr. 6.6.

¹²⁰ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1044/2002, Shakurova c. Tayikistán, párr. 8.5 (violación del párrafo 1 y de los apartados b), d) y g) del párrafo 3 del artículo 14); 915/2000, Ruzmetov c. Uzbekistán, párr. 7.6 (violación de los párrafos 1 y 2, y de los apartados b), d), e) y g) del párrafo 3 del artículo 14); 913/2000, Chan c. Guyana, párr. 5.4 (violación de los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14); 1167/2003, Rayos c. Filipinas, párr. 7.3 (violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14).

¹²¹ Comunicaciones Nos. 1044/2002, Shakurova c. Tayikistán, párr. 8.2; 915/2000, Ruzmetov c. Uzbekistán, párrs. 7.2 y 7.3; 1042/2001, Boimurodov c. Tayikistán, párr. 7.2; y muchas otras. En lo relativo a la prohibición de admitir pruebas en violación del artículo 7, véanse los párrafos 6 y 41, *supra*.

¹²² Comunicaciones Nos. 908/2000, Evans c. Trinidad y Tabago, párr. 6.2; 838/1998, Hendricks c. Guyana, párr. 6.3; y muchas otras.

62. Las garantías procesales reconocidas en el artículo 13 del Pacto incorporan los conceptos de las debidas garantías que se recogen también en el artículo 14¹²³, y deberían, por lo tanto, interpretarse a la luz de esta disposición. En la medida en que el derecho interno faculta a un órgano judicial para decidir sobre las expulsiones o deportaciones, se aplican directamente la garantía de igualdad de todas las personas ante las cortes y los tribunales de justicia consagrada en el párrafo 1 del artículo 14, así como los principios de imparcialidad, equidad e igualdad de medios procesales implícitos en esa garantía¹²⁴. Sin embargo, son aplicables todas las garantías pertinentes enunciadas en el artículo 14 en los casos en que la expulsión adopta la forma de sanción penal o en que el derecho penal declara punibles las violaciones de los mandamientos de expulsión.

63. La forma en que se tramitan los procedimientos penales puede afectar al ejercicio y disfrute de derechos y garantías previstos en el Pacto que no guardan relación con el artículo 14. Así, por ejemplo, mantener pendientes por varios años las acusaciones por el delito de difamación contra un periodista por haber publicado determinados artículos, en violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, puede dejar al acusado en una situación de incertidumbre e intimidación y tener, por consiguiente, un efecto desmoralizador que restringe indebidamente el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (artículo 19 del Pacto)¹²⁵. De la misma manera, las demoras de varios años en los procedimientos penales, en contravención del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, pueden violar el derecho de una persona a abandonar el propio país, reconocido en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, si el acusado debe permanecer en el país mientras esté pendiente el proceso¹²⁶.

¹²³ Comunicación N° 1051/2002, Ahani c. el Canadá, párr. 10.9. Véanse también las comunicaciones Nos. 961/2000, Everett c. España, párr. 6.4 (extradición); 1438/2005, Taghi Khadje c. los Países Bajos, párr. 6.3.

¹²⁴ Véase la comunicación N° 961/2000, Everett c. España, párr. 6.4.

¹²⁵ Comunicación N° 909/2000, Mujuwana Kankanamge c. Sri Lanka, párr. 9.4.

¹²⁶ Comunicación N° 263/1987, González del Río c. el Perú, párrs. 5.2 y 5.3.

64. En lo que respecta al derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del propio país, consagrado en el apartado c) del artículo 25 del Pacto, la destitución de jueces en violación de esta disposición puede equivaler a una contravención de esta garantía, considerada conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 14, relativo a la independencia de la judicatura¹²⁷.

65. El derecho procesal o las correspondientes medidas de aplicación que establecen distinciones basadas en alguno de los criterios enumerados en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 o no respetan la igualdad de derechos del hombre y la mujer, enunciada en el artículo 3, al disfrute de las garantías establecidas en el artículo 14 del Pacto no sólo vulneran el principio enunciado en el párrafo 1 de esta disposición de que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” sino que pueden también equivaler a discriminación¹²⁸.

¹²⁷ Comunicaciones Nos. 933/2000, Mundy Busyo y otros c. la República Democrática del Congo, párr. 5.2; 814/1998, Pastukhov c. Belarús, párr. 7.3.

¹²⁸ Comunicación N° 202/1986, Alto del Avellanal c. el Perú, párrs. 10.1 y 10.2.

El deber de investigar violaciones de derechos de las mujeres y sus familiares

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú
Sentencia de 25 de noviembre de 2006
(Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] XV

VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
(GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL)
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA, Y EN CONEXIÓN CON
LOS ARTÍCULOS 7 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER,
Y 1, 6 Y 8 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA
PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

Alegatos de la Comisión

369. La Comisión alegó la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, respecto de lo cual señaló que:

- a) las ejecuciones extrajudiciales de las víctimas fatales constituyeron hechos violentos realizados por agentes del Estado que, por su forma y manejo, exigía a los funcionarios de la policía judicial, del ministerio público y de los juzgados a cargo de la investigación, emplear todos los esfuerzos para realizar una búsqueda inmediata, con las pesquisas urgentes y necesarias;
- b) el Perú es responsable por la falta de una adecuada investigación sobre los hechos que originan el presente caso. No se han integrado las más elementales medidas de indagación. Entre las serias

- deficiencias de la investigación llevada adelante por el Estado están la destrucción del expediente policial y la falta de recolección oportuna de testimonios de los reclusos sobrevivientes. Esta deficiente actuación de la policía y del Ministerio Público ha conducido a que, luego de más de 14 años desde la “masacre” en el penal “Castro Castro”, no se haya identificado y sancionado a los responsables y, por ende, las presuntas víctimas y sus familiares no hayan podido promover un recurso con el objeto de obtener una compensación por los daños sufridos. Por lo tanto, se trata de “un caso de encubrimiento absoluto de los hechos y responsabilidades de todos los autores [...] por esta grave violación de derechos humanos”;
- c) la falta de debida diligencia en el proceso de investigación y en la preservación de evidencia esencial, sin la cual los procesos judiciales no podrían llevarse adelante, caracteriza una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, sobre todo en casos como el presente, en el que las autoridades deben actuar de oficio e impulsar la investigación, no haciendo recaer esta carga en la iniciativa de los particulares. El Estado no ha ofrecido una explicación satisfactoria respecto a la excesiva prolongación de este proceso de investigación;
 - d) esta obligación de investigar del Estado requiere que se castigue a los autores materiales e intelectuales de los hechos violatorios de derechos humanos;
 - e) la investigación únicamente se refiere a la muerte de víctimas, y no incluye la investigación de las heridas, los maltratos y las torturas. Además, la investigación se limita a lo ocurrido del 6 al 9 de mayo de 1992;
 - f) en sus alegatos finales escritos indicó que casi un centenar de las víctimas del presente caso son mujeres, para quienes las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos resultaron particularmente gravosas. Si bien la Convención de Belém do Pará no estaba vigente en Perú en la época de los hechos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Convención Americana este tratado puede ser utilizado a efectos de analizar la responsabilidad estatal por las violaciones a los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana. La Convención de *Belém do Pará* establece obligaciones del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
 - g) la absolución por parte de la Segunda Sala del Consejo Superior Justicia de la II Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú el 5 de noviembre de 1992 a favor del personal policial que participó en el operativo “Mudanza 1”, no satisface los requerimientos de

justicia en el presente caso, porque la gravedad de las acciones y las consecuencias del operativo constituyen delitos comunes y algunos crímenes de lesa humanidad que deben ser juzgados por tribunales independientes e imparciales. El hecho de que la investigación que involucra a oficiales de la Policía haya sido confiada a esa misma fuerza de seguridad, plantea serias dudas acerca de su independencia e imparcialidad;

- h) se ha impedido el acceso a la justicia de las presuntas víctimas o sus familiares, incluso en el plano de una compensación económica, debido a que la obtención de la reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito tipificado penalmente, se encuentra sujeto al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal;
- i) a pesar de que el Estado ha manifestado que tras la adopción del informe de la Comisión ha emprendido una nueva investigación de los hechos a través de la fiscalía especial sobre desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, las contravenciones de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención se consumaron desde que el Estado omitió llevar a cabo investigaciones y procedimientos internos suficientemente rigurosos para contrarrestar el encubrimiento realizado;
- j) en su escrito de observaciones de 22 de septiembre de 2006 (*supra* párr. 113) indicó que “la prueba superviniente ofrecida por el Estado el 25 de agosto de 2006[, en relación con la denuncia penal formulada contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori ...,] evidencia la adopción de pasos positivos hacia el pleno esclarecimiento de los hechos [y] el procesamiento y sanción de los responsables”. Sin embargo, “la indagación debe ampliarse a los miembros de tropa de la policía y las fuerzas armadas peruanas que participaron en el ataque [... y] no debe limitarse temporalmente a los días 6 a 9 de mayo de 1992, sino incluir la preparación del ataque, los actos posteriores a la toma de los pabellones 1A y 4B, y la obstrucción a la justicia por parte de los propios agentes involucrados; y no debe referirse sólo a la muerte de las al menos 42 víctimas fatales de los hechos, sino también a las heridas sufridas por al menos 175 internos y los maltratos a los que fueron sometidos el resto de sobrevivientes durante el ataque y tras su conclusión”; y
- k) en su escrito de observaciones de 5 de octubre de 2006 (*supra* párr. 116) la Comisión reiteró sus conclusiones del escrito de 22 de septiembre de 2006, y agregó que “la prueba superviniente presentada por el Estado al Tribunal el 20 de septiembre de 2006 es de

recibo y evidencia la adopción de pasos positivos hacia el pleno esclarecimiento de los hechos, el procesamiento y sanción de los responsables”.

Alegatos de la interviniente común

370. La interviniente común alegó la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Además, sostuvo la existencia de violaciones a los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, apreciaciones que no se encuentran en la demanda presentada por la Comisión Interamericana. La interviniente alegó, en resumen, lo siguiente:

- a) los hechos del caso están impunes, la negación de protección judicial y de un recurso sencillo y rápido para la protección de la integridad y vidas de las presuntas víctimas ocurrió desde el momento en que se perpetraron los hechos, y se extiende hasta la actualidad. “A más de 13 años de los hechos no existe ninguna persona, ningún perpetrador condenado por la masacre de Castro Castro ni por las torturas sistemáticas ocurridas contra los sobrevivientes”, no obstante que han transcurrido más de 5 años desde la caída del régimen de Fujimori. Contrasta con la gravedad de los hechos (que son crímenes de lesa humanidad) que ninguna persona se encuentre detenida;
- b) la apertura de una investigación judicial no hace cesar la violación a estos derechos, “ni descarga la responsabilidad del Estado en cuanto a la protección judicial”. Las presuntas víctimas consideran que los efectos de las violaciones no han sido resarcidos y se encuentran vigentes, aquellos no participan en el proceso interno a que hace referencia el Estado;
- c) una investigación seria tiene que encausar a los principales agentes responsables de la masacre de la prisión de Castro Castro y del régimen de torturas aplicado a los sobrevivientes;
- d) “la actual investigación [... ante] el Segundo Juzgado Penal Supraprovincial [...] no llena los requisitos de la investigación debida por parte del Estado [...] porque no incluye todos los hechos criminales ocurridos [...], la tipificación del delito es [...] inadecuad[a ...], no cubre todos los delitos cometidos [...], se concibe como ‘víctima’ sólo a los muertos [...] y [...] no juzga a todos los individuos partícipes en el crimen en particular”;

- e) a los prisioneros se les negó todo remedio por las violaciones que sufrieron, sin que tuvieran acceso a “recursos a la ley”, ni a su derecho a la verdad, con violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Se les negó su derecho a igual protección de la ley en virtud de un Decreto Ley que establecía que no era posible plantear el hábeas corpus en los casos de procesados por terrorismo;
- f) “para efectos del presente caso [...] las personas privadas de libertad en el penal de Castro han de ser consideradas población civil en detención”;
- g) en su escrito de observaciones de 31 de agosto de 2006 (*supra* párr. 110) manifestó que “la denuncia fiscal contra Alberto Fujimori es un paso importante [...] para sancionar los crímenes ocurridos en la prisión de Castro”. Sin embargo, señaló que “el Estado [...] debe abrir instrucción contra todos los responsables de dichas violaciones” y reiteró que la tipificación de homicidio no cubre todos los delitos cometidos. Además “corresponde que el fiscal o en su defecto el juez encargado del proceso contra Fujimori corrija la tipificación en dicho caso y use el tipo penal de crímenes de lesa humanidad”;
- h) en su escrito de 29 de septiembre de 2006 (*supra* párr. 115) alegó que “no considera[n] que la investigación al presente haya ‘restaurado’ violaciones de los artículos 8 y 25”. Asimismo indicó que preocupa “que la investigación llevada a cabo por el Estado [se realice] como si el proceso ante la Corte [...] no existiera y [el] reconocimiento [de los hechos] no se hubiera dado”, y que los “que ordenaron dichos crímenes” continúen “teniendo [la] calidad de `testigos”;
- i) el Perú debería solicitar la inclusión de este caso dentro del pedido a Chile de extradición de Alberto Fujimori. “De no hacerse esto, la impunidad de los hechos continuará”; y
- j) la Convención de Belém do Pará resulta directamente aplicable desde el 4 de junio de 1996, día en que el Estado ratificó este tratado, ya que la “negación de la justicia y persecución de varias sobrevivientes continua hasta el día de hoy”.

Alegatos del Estado

371. En el escrito de alegatos finales, el Estado expresó que:

- a) dispuso la creación de Fiscalías Especializadas para Desapariciones Forzadas, Ejecuciones Extrajudiciales y Exhumación de Fosas Clandestinas, así como Juzgados Penales Supraprovinciales, mediante Resolución Administrativa;

- b) desde el 26 de noviembre de 2001 inició la investigación de los hechos, la cual se vio sujeta a varias ampliaciones debido a su complejidad. El 30 de mayo de 2005 se formuló una denuncia formal por los hechos y el 16 de junio del mismo año se abrió la instrucción, con la concurrencia de una gran cantidad de testigos;
- c) en la actualidad se está juzgando a integrantes de las fuerzas policiales en la jurisdicción ordinaria, sin aplicar normas procesales para sustituirla;
- d) el “conjunto de principios y garantías que conforman el llamado [d]ebido [p]roceso, están siendo respetados”. Los inculcados y las partes civiles reconocidas han contado con la defensa de abogados defensores de su elección. Asimismo, han tenido el derecho de participar en las diligencias judiciales, presentar medios probatorios y realizar los descargos correspondientes;
- e) en el proceso penal se han recibido las declaraciones instructivas de 12 procesados, faltando únicamente la instructiva de un acusado. También se han recibido 106 declaraciones testimoniales, incluyendo el 95% de las declaraciones solicitadas por el fiscal y por el Ministerio de Justicia de manera oficiosa. Además, se han realizado diligencias de ratificación pericial por parte de 8 médicos legistas suscriptores de los protocolos de necropsia de las víctimas fatales, y de 8 peritos en balística suscriptores de los dictámenes periciales de balística forense practicados en las víctimas fatales; así como 15 diligencias de confrontación y una diligencia de inspección judicial en el Centro Penal Miguel Castro Castro. Asimismo, se han realizado 2 diligencias de declaración preventiva de familiares de agraviados, por ser los únicos apersonados y constituidos como parte civil en la instancia, notificándoles todas las diligencias y actuaciones llevadas a cabo, sin que se haya podido localizar a los familiares de las restantes víctimas. Las indagaciones sobre el nombre y domicilio de los demás agraviados continúan;
- f) en el proceso penal también se está tratando de “establecer la ubicación de las armas incautadas al término del Operativo Mudanza I presuntamente de los internos, así también establecer la ubicación de los proyectiles de armas de fuego que fueron extraídos de las occisos así como los encontrados en las instalaciones de los pabellones de mujeres 1A, varones 4B, rotonda, explanada de la tierra de nadie” del penal;
- g) a la fecha del escrito de alegatos finales el “expediente [del caso] se encuentra en el Ministerio Público a fin de que se emita el dictamen correspondiente previo al juzgamiento”;

- h) considera probada su firme intención “de sancionar los hechos y evitar la impunidad” y manifestó que la “determinación de las responsabilidades individuales que se deriven de las actuaciones del Poder Judicial, sentarán bases sólidas para garantizar la no repetición de hechos como los que se conocen en el presente proceso”;
- i) “está buscando una justicia sana que busca corregir la verdad histórica y [...] que la solución a todas estas situaciones afecte a la sociedad en su conjunto”. Existen los mecanismos suficientes para obtener esta justicia y la plena seguridad “de que las pretensiones de las víctimas [y] de los familiares van a ser recogidas por la instancia jurisdiccional interna”;
- j) el 25 de agosto de 2006 el Estado presentó un escrito (*supra* párr. 108) en el cual manifestó que “la denuncia fiscal planteada [en contra de Alberto Fujimori Fujimori] prueba[...] fehacientemente el interés del Estado [...] en procurar la Justicia y sancionar a los responsables de los trágicos sucesos acaecidos en el Penal ‘Miguel Castro Castro’ en mayo de 1992 y, de esa forma, ser coherente con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos[...]”;
- k) el 14 de septiembre de 2006 el Estado presentó un escrito (*supra* párr. 112) mediante el cual manifestó que la apertura de “instrucción con mandato de detención” contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori por los hechos del caso demuestra la firme intención del Estado de lograr su “inmediata ubicación y captura a nivel nacional e internacional”. El Estado agregó que en dicho auto de apertura se invocó “expresamente” el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana sobre el caso 11.015; y
- l) solicitó a la Corte que declare que “ha cumplido con restablecer el derecho a la protección judicial que le asiste a los deudos de las víctimas[, ya que] actualmente se están prestando todas las garantías por parte del órgano jurisdiccional interno para el pleno ejercicio de este derecho por parte de ellos y se están dando todas las condiciones para lograr el esclarecimiento total de los hechos, garantizando [...] una efectiva sanción para los responsables[, l] o que garantizará la no repetición de hechos como los que se han tratado en el presente proceso”.

Consideraciones de la Corte

372. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece que

[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

373. El artículo 25.1 de la Convención dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

374. En el párrafo 264 de esta Sentencia se ha indicado lo que disponen los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura respecto de la obligación de investigar y sancionar.

375. El artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer dispone que:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...]

actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

376. En cuanto a la posibilidad de que la interviniente alegara la violación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Corte se remite a lo indicado en el párrafo 265 de esta Sentencia.

377. De acuerdo a las obligaciones internacionales contraídas por el Perú, éste tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones específicas que le impo-

nen las Convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer (*supra* párr. 376).

378. Para cumplir con la obligación de investigar el Estado debe observar lo indicado en el párrafo 256 de esta Sentencia, en el sentido de que “una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”. Asimismo, en virtud de que el Perú ratificó el 4 de junio de 1996 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, debe observar lo dispuesto en el artículo 7.b de dicho tratado, que le obliga a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar dicha violencia. Con respecto a los actos que constituyeron tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado también debe observar la obligación que le impone la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en el sentido de “tomar[...] medidas efectivas para prevenir y sancionar” tales violaciones (*supra* párr. 344), y la obligación dispuesta en el artículo 8 de dicho tratado de que ante “denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción” deberá “garantizar que sus respectivas autoridades procedan de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”.

379. De acuerdo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la Corte analizará si el Estado ha cumplido con su obligación de investigar dispuesta en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aplicando las referidas disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Dichas disposiciones son aplicables al caso ya que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana.

380. En el presente caso la Corte ha determinado que el Estado violó los derechos a la vida y a la integridad personal, en los términos indicados en los párrafos 231 a 258 y 262 a 350. En razón de

ello el Estado tiene el deber de investigar las afectaciones a dichos derechos como parte de su deber de garantizarlos, como se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana.

381. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)^{1*2}.

382. Asimismo, esta Corte ha señalado que la facultad de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables³.

383. Este Tribunal ha especificado que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas⁴ la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, *inter alia*, a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; c) identificar posibles testigos y obtener

^{1*} La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Cfr. *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 5, párr. 110; *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 3, párr. 147; y *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 3, párr. 175.

³ Cfr. *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 3, párr. 101; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 7, párr. 289; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 7, párr. 171.

⁴ Cfr. *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 3, párr. 91; *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 3, párr. 120; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, *supra* nota 128, párr. 140; y O.N.U., *Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas*, E/ST/CSDHA/12 (1991).

sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

384. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la evaluación sobre el uso de la fuerza que haya implicado la utilización de armas debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen⁵.

385. En cuanto a las acciones adoptadas por el Estado entre mayo de 1992 y la apertura del primer proceso penal ordinario en junio de 2005, la Corte hace notar que las autoridades estatales incurrieron en importantes omisiones en cuanto a la recuperación, preservación y análisis de la prueba, tales como: no se realizaron actas de levantamiento de cadáveres; en el acta de incautación de armas encontradas dentro del penal no se especificó el lugar exacto ni las circunstancias del hallazgo; los certificados de necropsia e informes médicos forenses se limitaron a describir las heridas sufridas por las víctimas mortales y las lesiones encontradas en algunos heridos, sin indicar los proyectiles recuperados de los cuerpos de las víctimas (*supra* párrs. 196 y 197). Asimismo, llama la atención de esta Corte la falta de preservación de la prueba y de las actuaciones policiales referidas a los hechos del presente caso. Consta que en aplicación de una Resolución Ministerial y un Reglamento se incineró gran parte del expediente interno referido a este caso (*supra* párr. 197.62).

⁵ Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 128, párr. 82. En igual sentido cfr. Eur.C.H.R., Case of Erdoğan and Others v. Turkey (4th), Judgment of 25 April 2006, App. No. 19807/92, para. 68; Eur.C.H.R., Case of Makaratzis v. Greece (GC), Judgment of 20 December 2004, App. No. 50385/99, para. 59; y Eur.C.H.R., Case of McCann and Others v. United Kingdom (GC), Judgment of 27 October 1995, App. No. 18984/91, para. 150.

386. Ha quedado establecido que en el presente caso, el 16 de junio de 2005, el Estado inició un proceso penal ante el Segundo Juzgado Penal Supraprovincial con el objeto de investigar una parte de los hechos, con el propósito de juzgar y castigar a los responsables de los mismos (*supra* párr. 197.70). Es decir, el primer proceso penal ante la justicia ordinaria para investigar la responsabilidad penal por las violaciones cometidas se abrió aproximadamente 13 años después de ocurridos aquellos. En ese proceso penal solamente se están investigando las muertes de internos como consecuencia de lo sucedido en el Penal Castro Castro del 6 al 10 de mayo de 1992, y se encuentran 13 personas en calidad de imputados (*supra* párr. 197.70). Asimismo, hace casi tres meses se abrió instrucción contra Alberto Fujimori Fujimori, también para investigar dichas muertes (*supra* párr. 197.75).

387. En primer término, esta Corte considera que el tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el inicio del proceso penal por la investigación de éstos sobrepasa por mucho un plazo razonable para que el Estado realice las primeras diligencias probatorias e investigativas para contar con los elementos necesarios para formular una acusación penal, máxime que a ese tiempo habrá que sumar el que tome la realización del proceso penal, con sus distintas etapas, hasta la sentencia firme. Esta falta de investigación durante tan largo período configura una violación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, por cuanto el Estado ha incumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar las violaciones, sancionar a los eventuales responsables y reparar a las víctimas y sus familiares.

388. La Corte reconoce que el Estado actualmente se encuentre desarrollando procesos penales en la jurisdicción ordinaria, en los que figuran como imputados personas que en la época de los hechos desempeñaban altos cargos, como son el ex Presidente de la República, el ex director del Penal Castro Castro, el ex Director de la Policía Nacional y el ex Ministro del Interior, así como también figuran como imputados diez funcionarios de la Policía Nacional del Perú (*supra* párr. 197.70). De acuerdo con la prueba allegada a la Corte, en estos procesos el Estado ha respetado el principio

del plazo razonable y en los tiempos establecidos en la normativa interna se han realizado gran cantidad de diligencias probatorias (*supra* párrs. 197.70 a 197.74).

389. Además, el Tribunal considera que las mencionadas omisiones que se configuraron en cuanto a la recuperación, preservación y análisis de la prueba con anterioridad al desarrollo de los procesos penales en curso (*supra* párr. 385), han afectado el desarrollo de los mismos. Según la declaración formulada en la audiencia pública ante la Corte, los días 26 y 27 de junio de 2006, por el juez penal que ha instruido el proceso en torno a estos hechos (*supra* párrs. 187 y 197.74), se han tenido que hacer diligencias tendientes a esclarecer el contenido de protocolos de necropsia de los internos occisos y dictámenes periciales de balística forense que ya existían pero que estaban incompletos, con el fin determinar: la ubicación externa de las lesiones; la posible causa y forma de producción; la trayectoria y distancia de los proyectiles de armas de fuego; la trayectoria y orificios de entrada y salida en los cuerpos de los occisos; y la causa directa de muerte. Asimismo dicho juez penal informó que se están “tratando de ubicar las armas incautadas al termino del operativo Mudanza 1[, ... y] se está tratando de establecer la ubicación de los proyectiles de armas de fuego que fueron extraídos de los occisos así como los encontrados en las instalaciones de los pabellones de mujeres 1A, varones 4B, rotonda, y explanada de tierra de nadie”. En el mismo sentido el perito Nizam Peerwani (*supra* párr. 187) señaló que la evidencia no fue recolectada ni fue preservada en debida forma, ya que hubiera sido muy útil recoger muestras de aire y conservar alguna ropa que vestían los internos, pruebas que hoy en día es imposible recuperar, y explicó que una adecuada evaluación forense debe incluir el análisis de la ropa del occiso.

390. Si bien la apertura de esos procesos constituye pasos positivos hacia el esclarecimiento y juzgamiento de los responsables por las muertes ocurridas como consecuencia de los hechos del 6 al 9 de mayo de 1992, la Corte considera violatorio del derecho de acceso a la justicia que dichos procesos no abarquen la totalidad de los hechos violatorios de derechos humanos analizados en la presente Sentencia, cuya gravedad es evidente. Tanto las denun-

cias penales formuladas por la Fiscalía como los autos de apertura de instrucción de los procesos penales dictados por el Segundo Juzgado Penal Supraprovincial se refieren solamente a delitos de homicidio.

391. En el presente caso, el Estado no ha brindado una explicación a la Corte de las razones por las cuales no se ha iniciado un proceso penal por todos los acontecimientos violatorios, a pesar de que reconoció su responsabilidad internacional por los hechos sucedidos del 6 al 10 de mayo de 1992 y expresó que “los hechos [...] no se pueden ocultar, no se puede ocultar el dolor, [...] no se pueden ocultar los heridos, no se pueden ocultar el dolor de los familiares de las víctimas”.

392. Para encontrar alguna explicación sobre esta falta de inclusión de todos los hechos violatorios en los procesos penales que se tramitan ante el Segundo Juzgado Penal Supraprovincial, la Corte formuló preguntas al juez a cargo de ese juzgado cuando rindió declaración ante este Tribunal en la audiencia pública celebrada los días 26 y 27 de junio de 2006 (*supra* párr. 187), quien respondió básicamente que corresponde a la Fiscalía de la Nación la persecución exclusiva del delito, por lo que el juez no tiene la facultad de ordenar la apertura de instrucción por otro delito. Asimismo, el testigo señaló que en el caso del Penal Castro Castro “se ha corrido traslado al fiscal competente en lo pertinente” para que emita opinión sobre dos aspectos: el primero es que se dice en los autos y en la investigación que hubo muchos heridos, como también otros actos que han vulnerado diferentes bienes jurídicos que no solo condujeron a muertes; y el segundo es que la parte civil solicitó la comparencia al proceso del ex presidente Fujimori.

393. De acuerdo a la prueba aportada por el Perú con posterioridad a dicha audiencia pública, la Fiscalía efectivamente formuló denuncia contra Alberto Fujimori Fujimori, pero por el mismo delito de homicidio, y el juez ordenó la apertura de instrucción en la vía ordinaria por dicho ilícito. Es decir, se continúa investigando solamente las muertes. La Corte considera que esta falta de investigación de todas las violaciones a los derechos humanos de las cuales es responsable el Estado constituye una violación al

derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, en tanto el Estado ha incumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar las violaciones, sancionar a los eventuales responsables y reparar a las víctimas y sus familiares.

394. Esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”⁶. Por ello, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para cumplir la obligación de investigar todos los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas en esta Sentencia y para ello debe tomar en cuenta lo resuelto por esta Corte en la presente Sentencia, incluyendo las consideraciones realizadas sobre las víctimas de los hechos, los derechos que se declararon violados y la determinación de la gravedad y magnitud de los mismos. Ello implica también que el Estado tome en consideración la gravedad de los hechos constitutivos de violencia contra la mujer, teniendo en consideración las obligaciones que le imponen los tratados que ha ratificado en esa materia.

395. Además, la gran demora en la apertura del proceso penal ha tenido repercusiones particulares para todas las víctimas del caso, ya que en el Perú, como ha sido notado en otros casos⁷, la reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito tipificado penalmente se encuentra sujeta al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal. Es decir, la falta de justicia en el orden penal ha impedido que las víctimas obtengan una compensación por los hechos perpetrados, afectando así su derecho a recibir una reparación adecuada.

396. La Corte ha constatado que en agosto de 1992 se instruyó el Atestado Policial NO. 322 IC-H-DDCV respecto a la investigación de los sucesos ocurridos en el Penal Miguel Castro Castro, mediante el cual se determinó, sin mayor análisis, “que el personal

⁶ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35; y *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 15, párr. 125.

⁷ Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 21, párr. 154.

policial que intervino en el debelamiento del motín en el interior del penal [...había] actuado dentro del marco legal con apoyo de la FF. AA” (*supra* párr. 197.61). De la misma manera en noviembre de 1992, el Consejo Superior de Justicia de la II Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú declaró que no había mérito para la apertura de instrucción contra los miembros de la Policía Nacional que intervinieron, por encontrarse en Acto de Servicio y en cumplimiento de la Ley, disponiéndose el archivo definitivo de la denuncia que le dio origen (*supra* párr. 197.68).

397. Estas disposiciones tampoco tuvieron el carácter de medidas efectivas para cumplir la obligación de investigar, no solo por la forma como fue resuelta la investigación, sino principalmente porque no se trató de procesos ante un órgano judicial independiente e imparcial.

398. El 20 de abril de 1996 fueron condenados a cadena perpetua 4 internos que también son víctimas en este caso, por los hechos acontecidos en el Penal Miguel Castro Castro del 6 al 9 de mayo de 1992. No fue sino hasta el 2004 que estos internos resultaron absueltos de dicha condena por la Sala Nacional para Terrorismo de la Corte Suprema de Justicia del Perú (*supra* párr. 197.67).

399. Tanto la Comisión como la interviniente común alegan la falta de persecución de todos los autores de los hechos del presente caso. Al respecto, cabe resaltar que en los procesos penales que está llevando a cabo solamente figuran como presuntos responsables 14 personas (*supra* párr. 197.70 y 197.75). Esta determinación contrasta con el hecho ya establecido de que en el “Operativo Mudanza 1” participaron muchos efectivos del personal policial y del ejército peruano, e incluso efectivos de unidades especializadas de la policía (*supra* párr. 197.21). Asimismo, ha notado la Corte que recién ahora se están realizando diligencias para determinar quiénes fueron los agentes que participaron en tales hechos (*supra* párr. 197.74). Como ya se señaló líneas arriba el Estado debe tomar en cuenta lo establecido por este Tribunal en torno a los hechos y a las violaciones declaradas para cumplir con su obligación de garantizar el acceso de las víctimas a la justicia (*supra* párr. 394). El Perú también debe tomar en consideración para el cumplimiento de su

obligación de investigar, perseguir, juzgar y, en su caso, castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos la gravedad de los hechos y de las violaciones de derechos humanos de este caso, así como la magnitud del “operativo” mismo.

400. En cuanto a los distintos alegatos presentados por las partes respecto de la participación de las víctimas en los procesos penales internos, este Tribunal ha establecido que la responsabilidad del Estado por no haber reparado las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos, no se ve anulada o disminuida por el hecho de que los familiares de las víctimas no hayan intentado utilizar las vías civiles o administrativas que en dado caso señale el Estado. La obligación de reparar los daños es un deber jurídico propio del Estado que no debe depender exclusivamente de la actividad procesal de las víctimas⁸.

401. El Estado también alegó que ha “restablec[ido] el derecho a la protección judicial que le asiste a los deudos de las víctimas[ya que] actualmente se están prestando todas las garantías [...] para el pleno ejercicio de este derecho[...]”. Al respecto este Tribunal reitera su jurisprudencia en el sentido de que la responsabilidad del Estado se genera con la violación internacional que se le atribuye⁹.

402. Además, esta Corte encuentra que en mayo de 1992, época a partir de la cual ocurrieron los hechos del presente caso, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluidos el asesinato¹⁰ y la tortura¹¹ ejecutados en un contexto de ataque generalizado o sis-

⁸ Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 5, párr. 122; Caso de las Masacres de Ituango, *supra* nota 7, párr. 340; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 7, párr. 209.

⁹ Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 21, párr. 149; Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 71; y Caso Hermanos Gómez Paquiyaury, *supra* nota 21, párr. 75.

¹⁰ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, *supra* nota 15, párr. 96 y 99.

¹¹ Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 5, párr. 128. En igual sentido, *cfr.* O.N.U., Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 37º período de sesiones, Informe provisional del Sr. Louis Joinet, Relator Especial, *Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñen en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos*. E/CN.4/Sub.2/1984/15, 22 de junio de 1984, párr. 56; Control Council Law No. 10, *Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Hu-*

temático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Tal como esta Corte lo estableció en el caso *Almonacid Arellano*, dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general¹².

403. En cuanto a la ocurrencia de los hechos bajo un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, ya ha sido establecido que los hechos del presente caso ocurrieron dentro de un contexto de conflicto interno y de graves violaciones a los derechos humanos en el Perú (*supra* párrs. 201 a 209), que el ataque a los internos que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro constituyó una masacre, y que dicho “operativo” y el trato posterior otorgado a los internos tenían el fin de atentar contra la vida e integridad de dichos internos, quienes eran personas acusadas o sentenciadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria (*supra* párrs. 215, 216 y 234). Asimismo, el Tribunal hace notar que dichas personas se encontraban recluidas en un centro penal bajo el control del Estado, siendo este de forma directa el garante de sus derechos.

404. Por lo tanto, la Corte encuentra que hay evidencia para sostener que las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales, por las razones referidas en párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius cogens*, y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y meca-

manity, Article II, Allied Control Council of December 20, 1945, Nuremberg Trials. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council law No. 10, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949; ICTY, *Case of Prosecutor v. Kunarac*. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T. Trial Court Decision, Judgment of February 22, 2001, paras. 21 y 883; O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, artículo 7.

¹² Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 15, párr. 99.

nismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad¹³.

405. Este Tribunal ha señalado invariablemente que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, caracterizada como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”¹⁴. Se debe combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta la necesidad de hacer justicia en el caso concreto y que aquélla propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas¹⁵. Este Tribunal ha destacado también que la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad de los hechos¹⁶.

406. El Tribunal también tiene en cuenta la importancia que conlleva la apertura de un proceso penal en contra del ex Presidente peruano Alberto Fujimori Fujimori, a quien se atribuye haber planificado y ejecutado el “Operativo Mudanza 1” (*supra* párrs. 197.75 y 209). Al respecto la interviniente común durante la audiencia pública señaló que “el día que [ellos] vea[n] que el Estado [...] tiene la voluntad política de abrir un juicio [contra] Alberto Fujimori Fujimori por este caso [...] eso [los] emp[ezará] a sanar[...]”. Asimismo, la Comisión al presentar sus observaciones en torno a la apertura de la instrucción por parte del juez penal consideró que era “de recibo y evidencia la adopción de pasos positivos hacia el pleno esclarecimiento de los hechos, el procesamiento y sanción de los responsables”.

407. Tomando en consideración la gravedad de los hechos del presente caso, según la obligación general de garantía establecida

¹³ Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 5, párr. 128.

¹⁴ Cfr. Caso Vargas Areco, *supra* nota 3, párr. 153; Caso Almonacid Arellano y otros, *supra* nota 15, párr. 111; y Caso Servellón García y otros, *supra* nota 3, párr. 192.

¹⁵ Cfr. Caso Vargas Areco, *supra* nota 3, párr. 153; Caso Almonacid Arellano y otros, *supra* nota 15, párr. 111; y Caso Servellón García y otros, *supra* nota 3, párr. 192.

¹⁶ Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 5, párr. 131.

en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas.

408. Por todo lo anterior, este Tribunal estima que los procedimientos internos abiertos en el presente caso no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las violaciones a la vida e integridad. Por ello, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación contenida en el artículo 1.1 de la misma, en conexión con los artículos 7.b de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de los familiares inmediatos de los 41 internos fallecidos, de los internos sobrevivientes y de los familiares de los internos determinados en los párrafos 336, 337, 340 y 341 del Capítulo sobre violación a la integridad personal e identificados en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma. [...]

La independencia judicial

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela
Sentencia de 30 de junio de 2009
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VI. ARTÍCULO 25 (PROTECCIÓN JUDICIAL)¹2 EN RELACIÓN CON LOS
ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)³ Y
2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)⁴
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El artículo 25.1 de la Convención estipula:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

³ El artículo 1.1 de la Convención establece:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴ El artículo 2 de la Convención dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

1. Los hechos del presente caso

49. La señora Reverón Trujillo ingresó al Poder Judicial venezolano en 1982, desempeñándose desde entonces en diversos cargos de forma interrumpida⁵. El 16 de julio de 1999, una Resolución del Consejo de la Judicatura la nombró como Jueza de Primera Instancia de lo Penal y estableció que la designación tenía un “carácter provisorio” hasta “la celebración de los respectivos concursos de oposición”⁶. Desde el 21 de julio de 1999 hasta el 26 de febrero de 2002 la señora Reverón Trujillo fue jueza de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas⁷. En el año 2002 ejercía específicamente como Jueza Decimocuarta de Primera Instancia en función de juicio de dicho circuito⁸. Cabe resaltar que los representantes, el Estado y la presunta víctima, concuerdan en que antes de ese cargo, la señora Reverón Trujillo ejerció como Jueza en funciones de control, del Juzgado Décimo Cuarto del Área Metropolitana de Caracas⁹.

⁵ *Cfr.* certificación de cargos de la señora Reverón Trujillo emitida por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura de la Dirección General de Recursos Humanos el 28 de marzo de 2008 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 31, folio 1247).

⁶ *Cfr.* resolución No. 74 emitida por la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura el 16 de julio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.753 el 29 de julio de 1999 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo B.2, folios 103 a 105).

⁷ *Cfr.* certificación de cargos de la señora Reverón Trujillo, *supra* nota 4, folio 1247.

⁸ *Cfr.* decisión de destitución de la CFRSJ en el proceso disciplinario seguido contra la señora Reverón Trujillo emitida por la CFRSJ el 6 de febrero de 2002 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo B.4, folio 120).

⁹ En su escrito de alegatos finales escritos los representantes explicaron que en el ámbito de la jurisdicción penal venezolana, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, “los jueces que han sido designados para ocupar Tribunales de Primera Instancia son ‘rotados’ anualmente mediante un ‘Programa de Rotación’ que aprueba la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, entre los tribunales que conforman esa instancia: los Tribunales de Control, los Tribunales de Juicio y los Tribunales de Ejecución”, lo que “significa que cada juez de Primera Instancia va a ocupar anualmente cualesquiera de los Tribunales que la conforman”. La Corte constata que el artículo 536 del Código Orgánico Procesal Penal establece que corresponde a la Corte de Apelaciones aprobar anualmente el programa de rotación de jueces del Tribunal de Primera Instancia y el artículo 107 señala que el juez de control, juez de juicio o juez de ejecución se refiere al juez de primera instancia en función de control,

50. El 6 de febrero de 2002 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (en adelante “la CFRSJ”) destituyó a la señora Reverón Trujillo de su cargo¹⁰. Dicho organismo consideró que la jueza habría incurrido en ilícitos disciplinarios según la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, que incluían el “abuso o exceso de autoridad” y el incumplimiento de su obligación de “guardar la debida atención y diligencia” en la tramitación de la causa¹¹.

51. El 5 de marzo de 2002 la señora Reverón Trujillo interpuso un recurso administrativo de reconsideración ante la CFRSJ¹². El 20 de marzo de 2002 la CFRSJ declaró improcedente dicho recurso¹³.

52. El 19 de marzo de 2002 la presunta víctima interpuso un recurso de nulidad ante la SPA, por medio del cual también solicitó una suspensión cautelar de los efectos del acto impugnado¹⁴.

53. El 14 de mayo de 2003 la SPA desestimó la pretensión de la actora de suspensión de los efectos del acto¹⁵ y el 13 de octubre de 2004 declaró la nulidad de la sanción de destitución. Concluyó que la señora Reverón Trujillo

no incurrió en las faltas disciplinarias por las cuales la [CFRSJ] la destituyó del cargo, es decir, no incurrió en abuso o exceso de auto-

en función de juicio y en función de ejecución de sentencia, respectivamente. *Cfr.* Código Orgánico Procesal Penal, *supra* nota.

¹⁰ *Cfr.* decisión emitida por la CFRSJ el 6 de febrero de 2002, *supra* nota 7, folios 120 a 165.

¹¹ *Cfr.* decisión emitida por la CFRSJ el 6 de febrero de 2002, *supra* nota 7, folios 158 a 165.

¹² *Cfr.* recurso administrativo de reconsideración presentado ante la CFRSJ el 5 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo VI, anexo 33, pieza 4, folios 2441 a 2462).

¹³ *Cfr.* decisión sobre el recurso de reconsideración emitida por la CFRSJ el 20 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo VI, anexo 33, pieza 4, folio 2467).

¹⁴ *Cfr.* recurso de nulidad contra el acto de destitución interpuesto por la señora Reverón Trujillo el 19 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo VII, anexo 34, folios 2521 a 2591).

¹⁵ *Cfr.* sentencia No. 711 emitida por la SPA el 14 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo VII, anexo 34, pieza 4, folios 2729 a 2740).

ridad; descuido y negligencia en su rol de directora del proceso [...] y en consecuencia, de acuerdo con la normativa jurídica vigente para la fecha del acto administrativo mediante el cual el organismo competente la destituyó, esta Sala, declara que no estuvo ajustado a derecho tal decisión¹⁶.

54. Además, la SPA determinó que la CFRSJ “invadió competencias correspondientes al ámbito jurisdiccional y en tal sentido, le violó la garantía constitucional a la autonomía e independencia de que era titular la jueza sancionada, al momento de dictar la citada medida”¹⁷.

55. La SPA no ordenó la restitución de la jueza ni el pago de los salarios dejados de percibir. Justificó su decisión de la siguiente manera y ordenó las siguientes medidas de reparación:

En otras circunstancias esta Sala podría, con los elementos existentes en las actas del expediente, ordenar la restitución de la jueza afectada con la medida sancionatoria al cargo que ocupaba; sin embargo, es necesario señalar que en la actualidad opera un proceso de reestructuración judicial, por el cual se acordó someter a concurso público de oposición todos los cargos judiciales, incluidos aquéllos ejercidos por jueces que tuvieren carácter provisorio.

Así, como quiera que la recurrente se encuentra incluida en el supuesto expresado anteriormente y ante la imposibilidad de acordar la restitución a su cargo u otro de igual jerarquía y remuneración, por las razones antes mencionadas, esta Sala, consciente de la eventual reparación que merece el presente caso, ORDENA a la Administración:

1) Eliminar del expediente que reposa en los archivos de la [CFRSJ], la sanción de destitución que le fuera impuesta a la ciudadana María Cristina Reverón Trujillo, mediante el acto administrativo de fecha 6 de febrero de 2002, dictado por dicha Comisión.

¹⁶ *Cfr.* sentencia No. 01771 emitida por la SPA el 13 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo B.5, folio 183).

¹⁷ *Cfr.* sentencia emitida por la SPA el 13 de octubre de 2004, *supra* nota 15, folio 181.

En tal sentido, debe quedar borrada de su expediente judicial, cualquier información que mencione que la prenombrada ciudadana fue sancionada en los términos antes señalados, a los efectos de evitar la formación de posibles prejuicios en futuros concursos de oposición en los cuales pudiera eventualmente participar la recurrente, razón por la cual se ordena anexar copia certificada de la presente decisión al expediente administrativo de la recurrente. [...]

2) Dada la condición de jueza provisoria que mantuvo la recurrente hasta el momento de la interposición del presente recurso y a los fines de preservar el derecho de ésta a participar en los concursos públicos de oposición a los cuales aspire, siempre que cumpla, naturalmente, con los requisitos exigidos en cada caso, se ordena su evaluación durante el período completo de ejercicio de la judicatura, así como su inclusión, en caso de requerirlo ella, en los señalados concursos de oposición.

3) Como quiera que con la presente decisión no se ordena la restitución de la jueza al cargo que venía desempeñando, esta Sala se abstiene de ordenar el pago de los salarios dejados de percibir a partir de la fecha de destitución. Así se decide¹⁸.

2. El derecho a un recurso efectivo

56. A criterio de la Comisión y los representantes la violación del artículo 25.1 de la Convención se produciría justamente porque la SPA no ordenó la restitución de la señora Reverón Trujillo a su cargo y el pago de sus salarios dejados de percibir. Según la Comisión, “la efectividad de un recurso no se circunscribe únicamente a la declaratoria formal de una violación sino por el contrario, el derecho de acceder a la justicia implica que el Estado adopte todas las medidas necesarias para remediar dicha situación”. Asimismo, la Comisión estimó que la decisión de la SPA “implicaba necesariamente la disposición de todos los mecanismos necesarios para remediar la violación encontrada”, específicamente “la reincorporación al cargo y el pago de los salarios y beneficios dejados de percibir”.

57. Los representantes alegaron que la denegación de justicia en este caso “obedece a la no satisfacción de la lógica y principal

¹⁸ Cfr. sentencia emitida por la SPA el 13 de octubre de 2004, *supra* nota 15, folios 183 y 184.

consecuencia de un recurso judicial ordinario, concretamente, un recurso de nulidad de una destitución de un cargo público” y que “el necesario e indispensable resultado efectivo de un recurso judicial que determine la ilegalidad de una remoción es la consecuente reincorporación al cargo y el pago de los beneficios dejados de percibir”.

58. Por su lado, el Estado sostuvo que “el hecho de que la reparación acordada por [la SPA] sea distinta a la esperada por la supuesta víctima, y por la Comisión Interamericana, ello no implica que el recurso no haya sido efectivo, conforme a las condiciones objetivas del caso concreto”. Esas “condiciones objetivas” serían, según Venezuela, el proceso de reestructuración judicial que el país mantenía y la condición de “jueza provisoria” de la presunta víctima. Para el Estado, las medidas de reparación que acordó la SPA eran las “precedentes para el caso de los jueces provisorios”.

59. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley¹⁹. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”²⁰.

60. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual

¹⁹ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 57, y *Caso Bayarri Vs. Argentina*, *supra* nota, párr. 102.

²⁰ Cfr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131, y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183, párr. 78.

se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales²¹. A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención²².

61. En similar sentido, la Corte ha entendido que para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla²³. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios²⁴.

²¹ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 135 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 99.

²² Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, supra nota 18*, párr. 122, y *Caso Castañeda Gutman Vs. México, supra nota 19*, párr. 79.

²³ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra nota 18*, párr. 24; *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 136, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 20*, párr. 113.

²⁴ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra nota 18*, párr. 24; *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 145, y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 111.

62. En el presente caso, la Corte constata que mediante el recurso de nulidad que interpuso la señora Reverón Trujillo se declaró que su destitución no estuvo ajustada a derecho (*supra* párr. 53) pero no ordenó su restitución ni el pago de los salarios dejados de percibir. Además, la sentencia de la SPA dejó establecido que “los elementos existentes en las actas del expediente” de la señora Reverón Trujillo hubieran llevado a que la SPA ordenara la restitución de no haber sido por el proceso de reestructuración judicial y la posición de jueza provisoria que ocupaba (*supra* párr. 55). Le corresponde entonces al Tribunal analizar, en primer lugar, si en este caso la reincorporación al cargo era la reparación necesaria para remediar la situación de la señora Reverón Trujillo, lo que llevaría a la consecuencia que un recurso efectivo implicaba necesariamente dicha reparación (*supra* párr. 61). De llegar a una conclusión afirmativa respecto a esto, el Tribunal deberá analizar si los motivos señalados por la SPA (el proceso de reestructuración judicial y la condición de jueza provisoria de la presunta víctima) constituían restricciones adecuadas conforme a la Convención Americana y por tanto eximían al Estado de reincorporar a la señora Reverón Trujillo a su cargo y pagarle los salarios dejados de percibir. En caso que se concluya que tales motivos no dispensaban al Estado de proceder a la reincorporación, la consecuencia será que el recurso no fue efectivo para solucionar la situación de la presunta víctima. Si por el contrario se concluye que dichos motivos justificaban al Estado para no proceder con la reincorporación, corresponderá dilucidar si las reparaciones otorgadas, es decir, la eliminación de la sanción de destitución del expediente de sus archivos y la orden de que fuera evaluada e incluida en los concursos de oposición en caso de requerirlo ella (*supra* párr. 55), fueron las adecuadas. De concluirse que no lo fueron, existirá una violación del artículo 25 de la Convención, caso contrario, no la habrá.

2.1 El recurso efectivo luego de la destitución arbitraria de una jueza

63. La Corte procederá ahora a analizar si la reincorporación al cargo es necesaria para remediar la situación de jueces que son destituidos arbitrariamente, como ocurre en el presente caso, según

lo señalado por la SPA (*supra* párr. 53) y, consecuentemente, si un recurso efectivo en este caso implicaba la reincorporación.

64. Los jueces que forman parte de la carrera judicial cuentan, en primer lugar, con la estabilidad que brinda el ser funcionario de carrera. El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente.

65. Así, por ejemplo, la Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela establece que “[s]erán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente”²⁵, y que “los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley”²⁶.

66. Específicamente con respecto a jueces, la Constitución venezolana establece en el artículo 255 un régimen uniforme de carrera judicial:

El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. [...] Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley²⁷.

²⁵ *Cfr.* artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela, *supra* nota

²⁶ *Cfr.* artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela, *supra* nota

²⁷ *Cfr.* artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial No. 5.453 el 24 de marzo del 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo I, anexo 1, folio 747).

67. Ahora bien, los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”²⁸. El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces²⁹. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación³⁰. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática³¹.

68. El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción³².

²⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

²⁹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

³⁰ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 55.

³¹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *supra* nota 27, párr. 171.

³² Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención

69. El principio de independencia judicial fue reconocido por la misma SPA en su sentencia en la cual declaró la nulidad de la destitución de la señora Reverón Trujillo. En esa decisión, la SPA consideró que los artículos 254 y 256 de la Constitución venezolana, referentes a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial³³, “consagran un principio general de obligatorio cumplimiento”³⁴. Además, la SPA señaló que de las normas citadas se deriva “el principio de independencia de los órganos de administración de justicia en dos aspectos fundamentales, el respeto a su autonomía frente a otros órganos del Poder Público y el deber de los funcionarios judiciales de mantener su independencia”³⁵.

70. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento³⁶, la inamovilidad en el cargo³⁷ y la garantía contra presiones externas³⁸.

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 30, y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), *supra* nota 18, párr. 20.

³³ Cfr. artículos 254 y 256 de la Constitución, *supra* nota 26, folio 747.

³⁴ Cfr. sentencia emitida por la SPA el 13 de octubre de 2004, *supra* nota 15, folio 180.

³⁵ Cfr. sentencia emitida por la SPA el 13 de octubre de 2004, *supra* nota 15, folio 180.

³⁶ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 75; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra* nota 27, párr. 156, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 138. Ver también ECHR. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, para. 78; ECHR. *Case of Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A no. 155, para. 32, y Principio 10 de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

³⁷ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 75; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra* nota 27, párr. 156, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 138. Ver también Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

³⁸ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 75, y *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra* nota 27, párr. 156. Ver también ECHR. *Case of*

i) adecuado proceso de nombramiento

71. Los Principios Básicos destacan como elementos preponderantes en materia de nombramiento de jueces la integridad, idoneidad y formación o calificaciones jurídicas apropiadas³⁹. Del mismo modo, las Recomendaciones del Consejo de Europa evocan un criterio marco de utilidad en este análisis al disponer que todas las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces deben estar basadas en criterios objetivos, siendo el mérito personal del juez, su calificación, integridad, capacidad y eficiencia los elementos preponderantes a considerar⁴⁰. Esta Corte ha destacado con anterioridad que los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos tanto para el nombramiento de jueces como para su destitución⁴¹.

72. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantiza la libertad de toda injerencia o presión política⁴². En similar sentido, la Corte destaca que todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial. En consecuencia, se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar.

Campbell and Fell v. the United Kingdom, *supra* nota 35, para. 78, y ECHR. *Case of Langborger Vs. Sweden*, *supra* nota 35, para. 32. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

³⁹ *Cfr.* Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁴⁰ *Cfr.* Principio I.2.c de la Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la reunión No. 518 de Viceministros.

⁴¹ *Cfr.* *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 73 y *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 44.

⁴² *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 19.

73. Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Por tanto, no son admisibles las restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la administración o de alguna entidad, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos.

74. Finalmente, cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas.

ii) *inamovilidad*

75. Los Principios Básicos establecen que “la ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos”⁴³ y que “[s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”⁴⁴.

⁴³ Cfr. Principio 11 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁴⁴ Cfr. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

76. Por otra parte, los Principios Básicos también establecen que “el sistema de ascenso de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia”⁴⁵.

77. Finalmente, los Principios Básicos establecen que los jueces “sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones” y que “[t]odo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial”⁴⁶. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley⁴⁷. Además, el Comité ha expresado que “la destitución de jueces por el [P]oder ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial”⁴⁸.

78. Este Tribunal ha acogido estos principios y ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa⁴⁹. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. Principio 13 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁴⁶ Cfr. Principios 18 y 19 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁴⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14, *supra* nota 41, párr. 20.

⁴⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14, *supra* nota 41, párr. 20.

⁴⁹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 74 y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 44.

⁵⁰ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 44. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

79. De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial.

iii) garantía contra presiones externas

80. Los Principios Básicos disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁵¹. Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”⁵² y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”⁵³.

* *

81. Como se puede observar, los jueces cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad. Como ya lo ha reconocido este Tribunal, la garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella⁵⁴. Ello es así puesto que de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control. Además, esto podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego

⁵¹ Cfr. Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁵² Cfr. Principio 3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁵³ Cfr. Principio 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 35.

⁵⁴ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)* Vs. Venezuela, *supra* nota 28, párr. 246.

no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador. Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación. En el presente caso, el recurso de nulidad era el idóneo porque declaró la nulidad y, como lo afirma la propia SPA, hubiera podido llevar a la reincorporación de la señora Reverón Trujillo. La pregunta que surge de esto es si las razones adelantadas por la SPA para no reincorporarla (el proceso de reestructuración judicial y su condición de jueza provisoria) eximían a la SPA de reordenar dicha reparación.

2. El proceso de reestructuración judicial en Venezuela

i) La Asamblea Nacional Constituyente

82. Según el Estado, “antes del año 1999, el Poder Judicial venezolano estaba sumido en una profunda crisis, que ponía en tela de juicio su independencia, autonomía e imparcialidad”. Por éste y otros motivos, se convocó a un referéndum popular, el cual el 25 de abril de 1999 aprobó la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante “la Asamblea Constituyente”) “con un triple propósito: (i) transformar el Estado, (ii) crear un nuevo ordenamiento jurídico, y (iii) lograr el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”.

ii) Decreto de Reorganización del Poder Judicial

83. El 12 de agosto de 1999 la Asamblea Constituyente declaró la “reorganización de todos los órganos del poder público” debido a la “grave crisis política, económica, social, moral e institucional” que vivía el país⁵⁵.

⁵⁵ *Cfr.* decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público emitido por la Asamblea Constituyente el 12 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.764 el 13 de agosto de 1999 (expendiente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A.1, folio 39).

84. El 19 de agosto de 1999 la Asamblea Constituyente, mediante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario (en adelante “el Decreto de Reorganización”), instauró una Comisión de Emergencia Judicial (en adelante “la Comisión de Emergencia”)⁵⁶. Entre las competencias de esta Comisión estaban el “elaborar el Plan Nacional de Evaluación y selección de jueces, organizar el proceso de selección de los jueces mediante concursos públicos de oposición para todos los tribunales y circuitos judiciales y seleccionar los jurados correspondientes”⁵⁷. Dicho decreto dejó “sin efecto la estabilidad establecida por Ley a los actuales jueces en función[,] quienes podrán competir en los concursos públicos de oposición que se abrirán para cubrir sus cargos”⁵⁸.

85. De acuerdo al Decreto de Reorganización, la “[d]eclaratoria de emergencia [j]udicial” por parte de la Asamblea Constituyente tendría vigencia hasta la sanción de la nueva Constitución de Venezuela⁵⁹.

iii) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

86. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante “la Constitución”), proclamada por la Asamblea Constituyente el 20 de diciembre de 1999⁶⁰, estableció que el ingreso a la carrera judicial sería por concursos de oposición públicos (*supra* párr. 66). Además, según la Constitución, el TSJ crearía una Dirección Ejecutiva de la Magistratura para la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, y la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas⁶¹. Asi-

⁵⁶ Cfr. artículo 2 del decreto de Reorganización del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario emitido por la Asamblea Constituyente el 19 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.805 el 11 de octubre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A.2, folios 42 y 43).

⁵⁷ Cfr. artículo 3.5.a del decreto de Reorganización del Poder Judicial, *supra* nota 55, folio 43.

⁵⁸ Cfr. artículo 12 del decreto de Reorganización del Poder Judicial, *supra* nota 55, folio 45.

⁵⁹ Cfr. artículo 32 del decreto de Reorganización del Poder Judicial, *supra* nota 55, folio 48.

⁶⁰ Cfr. Constitución, *supra* nota 26, folios 711 a 758.

⁶¹ Cfr. artículo 267 de la Constitución, *supra* nota 26, folio 748.

mismo, dispuso que la jurisdicción disciplinaria judicial estaría a cargo de los tribunales disciplinarios determinados por la ley⁶². El régimen disciplinario estaría organizado a partir del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana, que sería dictado por la Asamblea Nacional⁶³.

87. Según una de las disposiciones transitorias de la Constitución, dentro del primer año a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobaría, *inter alia*, la legislación referida al Sistema Judicial⁶⁴.

88. En el año 2006 la Sala Constitucional del TSJ declaró la “inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional [...] con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado”⁶⁵. El perito Canova González declaró que los “tribunales disciplinarios judiciales no han sido constituidos hasta ahora, de la misma forma el Código de Ética no ha sido dictado hasta el momento por la Asamblea Nacional, a pesar de la orden expresa que la Constitución establece en ese sentido”⁶⁶. El Estado no presentó prueba en sentido contrario.

iv) Régimen de Transición del Poder Público y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ)

89. El 29 de diciembre de 1999 la Asamblea Constituyente dispuso un Régimen de Transición del Poder Público que “regular[ía] la reestructuración del Poder Público con el propósito de permitir la vigencia inmediata de la Constitución”⁶⁷.

⁶² Cfr. artículo 267 de la Constitución, *supra* nota 26, folio 748.

⁶³ Cfr. artículo 267 de la Constitución, *supra* nota 26, folio 748.

⁶⁴ Cfr. disposición transitoria cuarta, numeral 5 de la Constitución, *supra* nota 26, folio 755.

⁶⁵ Cfr. sentencia No. 1048 de la Sala Constitucional del TSJ emitida el 18 de mayo de 2006 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos de los representantes, Tomo I, anexo 4, folio 2834).

⁶⁶ Cfr. declaración rendida por el perito Canova González en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 23 de enero de 2009.

⁶⁷ Cfr. artículo 1 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público emitido por la Asamblea Constituyente el 29 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo A.3, folio 52).

90. Según el Decreto mediante el cual se dictó dicho régimen de transición, las previsiones del régimen desarrollaban y complementaban las disposiciones transitorias previstas en la Constitución⁶⁸ y tendrían vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución⁶⁹.

91. Así, dicho Decreto creó la CFRSJ⁷⁰ y dispuso que las atribuciones otorgadas a la Comisión de Emergencia quedarían a cargo de aquélla⁷¹. Además, mientras el TSJ no organizara la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, entre otras, serían ejercidas por la CFRSJ⁷². La competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios sería ejercida por la CFRSJ hasta que la Asamblea Nacional aprobara la legislación que determinaría los procesos y tribunales disciplinarios⁷³.

92. El 29 de septiembre de 2000 la CFRSJ dictó su Reglamento, según el cual, entre sus atribuciones estaban conocer y decidir los procedimientos disciplinarios en contra de los jueces y dictar el reglamento disciplinario⁷⁴.

⁶⁸ Cfr. artículo 2 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 52.

⁶⁹ Cfr. artículo 3 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 52.

⁷⁰ Cfr. artículo 27 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 59.

⁷¹ Cfr. artículo 25 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 58.

⁷² Cfr. artículo 21 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 57.

⁷³ Cfr. artículo 23 del decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, *supra* nota 66, folio 58.

⁷⁴ Cfr. artículo 3 del Reglamento de la CFRSJ, publicado en la Gaceta Oficial No. 37.080 el 17 de noviembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo I, anexo C, folio 551).

v) *Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial*

93. El 2 de agosto de 2000 el TSJ dictó la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, mediante la cual creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del TSJ con la finalidad de que ejerciera por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial⁷⁵. Según esta Normativa, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciaría su funcionamiento el 1 de septiembre de 2000 y en dicha fecha la CFRSJ cesaría en las funciones que correspondían al extinto Consejo de la Judicatura y tendría sólo a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dictara la legislación y se crearan los correspondientes tribunales disciplinarios⁷⁶.

vi) *Ley Orgánica del TSJ*

94. El 20 de mayo de 2004 entró en vigencia la Ley Orgánica del TSJ, decretada por la Asamblea Nacional el 18 de mayo de 2004⁷⁷. La Ley Orgánica ordenó la reorganización y reestructuración de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura⁷⁸ y estableció que la CFRSJ sólo tendría a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dictara la legislación y se creara la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. artículo 1 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial emitida por el TSJ el 2 de agosto de 2000, publicada en la Gaceta Oficial No. 37.014 el 15 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo I, anexo 19, folio 991).

⁷⁶ Cfr. artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, *supra* nota 74, folio 996.

⁷⁷ Cfr. Ley Orgánica del TSJ emitida por la Asamblea Nacional el 18 de mayo de 2004 publicada en la Gaceta Oficial No. 37.942 el 20 de mayo de 2004 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo I, anexo E, folios 576 a 598).

⁷⁸ Cfr. disposición derogativa transitoria y final (a) de la Ley Orgánica del TSJ, *supra* nota 76, folio 597.

⁷⁹ Cfr. disposición derogativa, transitoria y final (e) de la Ley Orgánica del TSJ, *supra* nota 76, folio 597.

vii) *Normas de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial*

95. El 6 de julio de 2005 la Sala Plena del TSJ adoptó las “Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial” (en adelante “NEC”)⁸⁰. Estas normas “tienen por objeto regular el ingreso, ascenso y permanencia en la carrera judicial, mediante los concursos públicos de oposición y las evaluaciones de desempeño”, según lo establecido por el artículo 255 de la Constitución. Las NEC regulan concursos públicos de oposición para el ingreso al Poder Judicial por parte de cualquier abogado que cumpla con los requisitos establecidos en dichas normas⁸¹. Dichos concursos están conformados por dos etapas: el “Programa de Formación Inicial” (en adelante “PFI”) y el “Examen de conocimiento” que se realiza a aquellos participantes que aprueban el PFI⁸². Además, las NEC regulan, entre sus disposiciones transitorias, el “Programa Especial para la Regularización de la Titularidad” (en

⁸⁰ Cfr. Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Ascenso a la Carrera Judicial, emitidas por la Sala Plena del TSJ el 6 de julio de 2005, publicadas en la Gaceta Oficial No. 38.282 el 28 de septiembre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo I, anexo H, folios 615 a 628).

⁸¹ El Artículo 7 de las NEC establece que, para ingresar a la Carrera Judicial, se requiere cumplir con los siguientes requisitos: 1. Nacionalidad venezolana; 2. Título de Abogado expedido por universidad venezolana o universidad extranjera, debidamente revalidado para el ejercicio de la profesión; 3. Estar debidamente inscrito tanto en el Colegio de Abogados respectivo, como en el instituto de Previsión Social del Abogado, y presentar la respectiva solvencia; 4. Tener tres (3) años de graduado como mínimo y experiencia en el ejercicio de la profesión; 5. Estar en el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos; 6. Conducta intachable y reconocida moralidad; 7. Asumir el compromiso de abstenerse de realizar activismo político, partidista, sindical y gremial y no estar afiliado a partidos políticos al tomar posesión del cargo; 8. Autorizar la investigación periódica de su patrimonio; 9. Presentar declaración del Impuesto sobre la Renta del ejercicio inmediatamente anterior; 10. Presentar la última declaración jurada de patrimonio, en caso de haber desempeñado previamente un cargo público; 11. Poseer habilidades en la operación de medios informáticos; 12. Haber sido declarado apto en la evaluación médica y psicológica, y 13. Aprobar el concurso público de oposición. Al momento de formalizar la inscripción, los aspirantes deben acompañar los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos para el ingreso. Cfr. NEC, *supra* nota 79, folios 615 a 628.

⁸² Cfr. NEC, *supra* nota 79, folio 616.

adelante “PET”), dirigido a “regular la situación de los Jueces no titulares”⁸³.

96. Las NEC establecieron que el PET tendría una “vigencia de doce meses” y tenía como propósito “regular la situación de los Jueces no titulares”, es decir, de los jueces provisorios, temporales o accidentales⁸⁴. Para los concursos dentro de este programa serían convocados “sólo [...] aquellos jueces no titulares, con al menos tres (3) meses en el ejercicio de la función judicial para la fecha de inicio del Programa Académico de Capacitación”⁸⁵.

97. Por otra parte, el objetivo del PFI es “capacitar a los aspirantes a jueces y demás funcionarios de la carrera judicial en temas vinculados a la administración de justicia”⁸⁶. La posibilidad de preinscripción en el PFI es anunciada por la Escuela Nacional de la Magistratura a través de avisos en dos diarios de mayor circulación nacional y en la página electrónica del TSJ⁸⁷. Quienes cumplan con los requisitos establecidos en las NEC deben rendir un examen de admisión⁸⁸, y en caso de aprobación de éste, son sometidos a evaluaciones psicológicas y médicas con el fin de determinar la aptitud física y emocional para el desarrollo de la función judicial⁸⁹. Una vez superadas estas etapas, la Escuela Nacional de la Magistratura debe publicar el listado de aquellos aspirantes admitidos a participar en el PFI, en dos diarios de mayor circulación nacional y en el sitio electrónico del TSJ, del mismo modo como se anunció la preinscripción, con la finalidad de que la comunidad informe dentro de los 5 días hábiles siguientes sobre observaciones y objeciones que puedan tener sobre quienes han sido admitidos⁹⁰. La evaluación de los participantes en el PFI consta de una fase teórica contentiva de la evaluación en temas vinculados al Poder Judicial y la administración de justicia y otra

⁸³ Cfr. NEC, *supra* nota 79, folios 624 a 626.

⁸⁴ Cfr. artículo 46 de las NEC, *supra* nota 79, folio 624.

⁸⁵ Cfr. artículos 46 y 47 de las NEC, *supra* nota 79, folio 624.

⁸⁶ Cfr. artículo 14 de las NEC, *supra* nota 79, folio 618.

⁸⁷ Cfr. artículos 5, 6 y 16 de las NEC, *supra* nota 79, folio 618.

⁸⁸ Cfr. artículo 18 de las NEC, *supra* nota 79, folio 618.

⁸⁹ Cfr. artículo 19 de las NEC, *supra* nota 79, folio 619.

⁹⁰ Cfr. artículo 20 de las NEC, *supra* nota 79, folio 619.

práctica, relativa a la realización de pasantías jurídicas bajo la tutoría de un juez titular⁹¹.

98. Quienes aprueben el PFI pasan a la siguiente etapa, consistente en un “Examen de Conocimiento” que incluye pruebas escritas, orales y prácticas⁹². La Escuela Nacional de la Magistratura debe publicar en dos diarios de mayor circulación nacional y en la página electrónica del TSJ la fecha, lugar y hora en que se llevará a cabo este examen⁹³. Una vez obtenido el resultado final del concurso, el jurado elaborará una lista de mérito de los participantes. Aquellos cargos vacantes serán provistos con los postulantes que hubieren obtenido los primeros lugares en el concurso⁹⁴.

* *

99. De toda la información anteriormente expuesta se concluye que la reestructuración del Poder Judicial en Venezuela, la cual se puede considerar iniciada con la aprobación de la convocatoria de la Asamblea Constituyente en abril de 1999, ha durado más de 10 años. Adicionalmente, al momento de emitirse el presente fallo no existe información en el expediente ante la Corte respecto a gestiones encaminadas a la adopción del mencionado Código de Ética o las leyes que determinarían los tribunales disciplinarios (*supra* párrs. 86, 87 y 88), a pesar de que la Constitución estableció que la legislación referida al Sistema Judicial sería aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Nacional (*supra* párr. 87). Por otra parte, las facultades disciplinarias las viene ejerciendo desde el año 2000 la CFRSJ (*supra* párrs. 91 y 92). Finalmente, la normativa aprobada por la Sala Plena del TSJ estableció un programa por medio del cual jueces no titulares podrían titularizarse sin participar en los concursos públicos establecidos para la población en general, los cuales consistían del PFI y del examen de conocimientos (*supra* párrs. 96 a 98).

⁹¹ Cfr. artículo 21 de las NEC, *supra* nota 79, folio 619.

⁹² Cfr. artículos 22 y 24 de las NEC, *supra* nota 79, folio 619.

⁹³ Cfr. artículo 23 de las NEC, *supra* nota 79, folio 619.

⁹⁴ Cfr. artículo 27 de las NEC, *supra* nota 79, folio 620.

2.3 *Los jueces provisorios*

100. Según el Estado, los jueces provisorios son jueces no titulares que “han sido designados de manera excepcional, mediante un acto emanado de la Comisión de Emergencia Judicial, de la Comisión Judicial del [TSJ] o de la Sala Plena del [TSJ], sin que se efectúe el concurso público de oposición establecido en el artículo 255 de la Constitución”. En consecuencia, de acuerdo al Estado, estos jueces provisorios “no están sujetos a la carrera judicial y por tanto se encuentran excluidos de los beneficios de estabilidad y permanencia que de esta dimanar”.

101. De la prueba aportada se desprende que en el fuero interno existe una línea jurisprudencial tanto de la SPA como de la Sala Constitucional del TSJ, acorde con el Decreto de Reorganización del Poder Judicial (*supra* párr. 84), que sostiene que los jueces provisorios son de libre nombramiento y remoción. En efecto, la SPA en el año 2000, al resolver un recurso contencioso administrativo de nulidad, sostuvo que “el derecho a la estabilidad [...] está reservado a los jueces que ingresen a la carrera judicial por la vía constitucionalmente consagrada y legalmente desarrollada, esto es, mediante concursos públicos de oposición [y que] el aludido derecho se refiere al cargo que ocupe el funcionario, del cual no podrá ser destituido ni suspendido sino por las causas y procedimientos previstos, esto es, previo el cumplimiento del régimen disciplinario que le es aplicable”⁹⁵. Además, la SPA afirmó que:

quienes ocupen un cargo para el cual no hubieren concursado, carecen del derecho bajo análisis y, en consecuencia, podrán ser removidos del cargo en cuestión en las mismas condiciones en que el mismo fue obtenido, es decir, sin que exista para la Administración competente la obligación de fundamentar dicha separación en las disposiciones que componen el régimen disciplinario aplicable –se insiste– sólo a los jueces de carrera, esto es, a aqu[é]llos que ocupan un cargo previo concurso de oposición⁹⁶.

⁹⁵ *Cfr.* sentencia No. 02221 de la SPA emitida el 28 de noviembre de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 25, folio 1126).

⁹⁶ *Cfr.* sentencia No. 02221 de la SPA, *supra* nota 94, folio 1127.

Esta jurisprudencia de la SPA ha sido reiterada en sentencias de 2004 y 2006⁹⁷ y además reafirmada por la Sala Constitucional⁹⁸ que sostuvo:

Los jueces y juezas provisorios [...] ocupan cargos judiciales, pero no ostentan la condición de jueces de carrera, al no haber ingresado por concurso público en el que, tras diversas pruebas (escrita, práctica, oral), se les haya evaluado. Su designación la realiza la Comisión Judicial, por delegación que hace la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en razón de la necesidad de ocupar los cargos

⁹⁷ En su sentencia No. 1798 de 19 de octubre de 2004, la SPA estableció que “toda sanción disciplinaria contemplada en la Ley de Carrera Judicial, necesariamente deberá estar precedida por el procedimiento administrativo correspondiente, sea que se trate de un funcionario de carrera o de un funcionario de libre nombramiento y remoción; mientras que cuando lo que se persigue es la remoción de un juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma provisional, la providencia administrativa que determina su separación del cargo, no tiene que venir sujeta a procedimiento alguno, pues justamente la garantía de estabilidad del juez, y por ende, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se alcanzan con el concurso de oposición que hoy por hoy se encuentra consagrado en el Texto Constitucional como una exigencia *sine qua non* para acceder al cargo de Juez con carácter de titular o juez de carrera” (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 24, folio 1101). Este mismo análisis fue reiterado en su sentencia No. 1225 de 17 de mayo de 2006, enfatizando ésta que la estabilidad del juez se alcanza con el concurso de oposición y que esta estabilidad no la poseen los jueces provisorios (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 26, folio 1146).

⁹⁸ En dos sentencias emitidas en el 2005, la No. 5111 y No. 5116, la Sala Constitucional del TSJ afirmó que “en efecto, tal como lo señaló la Sala Político Administrativa los jueces provisorios que ingresan al Poder Judicial para cubrir una vacante no gozan de la estabilidad consagrada constitucionalmente, puesto que se trata de funcionarios cuyo ingreso no se ha verificado por concurso. Por ello pueden ser removidos de sus cargos, sin que medie un procedimiento administrativo que preceda su remoción” (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexos 28 y 29, folios 1210 y 1231). Además, en su sentencia No. 1413 de 10 de julio de 2007, la Sala Constitucional señaló que “[esa] Sala Constitucional ha sostenido respecto de los cargos desempeñados con carácter temporal que éstos no confieren a los funcionarios –sean judiciales o administrativos– la cualidad de personal fijo o titular y, por ende, tampoco gozan de los derechos inherentes a la carrera como, por ejemplo, la estabilidad en el cargo, por lo que muy bien pueden ser suspendidos o removidos del cargo conforme a las atribuciones que competen a la autoridad judicial o administrativa correspondiente” (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 27, folios 1170 y 1171).

judiciales mientras culmina el mencionado proceso de reestructuración y reorganización del Poder Judicial. [...] Sin duda, hay una distinción entre jueces de carrera y jueces provisorios: Los primeros adquieren la titularidad luego de la aprobación del concurso; en cambio, los jueces y juezas provisorios se designan de manera discrecional, previo análisis de credenciales. Los jueces y juezas de carrera gozan de estabilidad y sólo pueden ser sancionados o destituidos de sus cargos si se demuestra, en el curso de una audiencia oral y pública con garantías de defensa [...] que han resultado incurso en faltas disciplinarias previstas en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, no así los jueces y juezas provisorios, que son susceptibles de ser separados del cargo de la misma manera como fueron designados: discrecionalmente⁹⁹.

103. Los representantes alegaron que el número de jueces provisorios llegó a ser “realmente alarmante, pues en un momento determinado llegaron a cifras de más del 80% de los jueces”. Como sustento de ello, los representantes se refirieron a un anexo del affidavit del señor Hevia Araujo, Director Adjunto de la Escuela Nacional de la Magistratura¹⁰⁰ y testigo propuesto por el Estado. Dicho anexo corresponde al Informe de Gestión de la Carrera Judicial 2005-2008 y establece, *inter alia*, lo siguiente: “se recibieron instrucciones de la Sala Plena de dicho Tribunal para resolver –en el

⁹⁹ *Cfr.* sentencia No. 2414 de la Sala Constitucional del TSJ emitida el 20 de diciembre de 2007 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 23, folios 1075 y 1076). Ver también declaración rendida por el testigo Cabrera Romero en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 23 de enero de 2009.

¹⁰⁰ La Ley Orgánica del TSJ (*supra* párr. 94) estableció, *inter alia*, que la Escuela Nacional de la Magistratura “es el centro de formación de los jueces y de los demás servidores del Poder Judicial, conforme a las políticas dictadas por la Sala Plena del [TSJ]” y que “las políticas, organización y funcionamiento de la Escuela Nacional de la Magistratura, así como sus orientaciones académicas, corresponderán al [TSJ]. *Cfr.* artículo 17 de la Ley Orgánica del TSJ, *supra* nota 76, folio 588. Entre las atribuciones de dicha Escuela está el “[p]lanificar, coordinar y ejecutar la inducción, formación, profesionalización, actuación y capacitación permanente de los jueces o juezas” y demás empleados o aspirantes del Poder Judicial. *Cfr.* artículo 4.1 del Reglamento Orgánico de la Escuela Nacional de la Magistratura, emitido por el TSJ en marzo de 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo I, anexo 20, folios 997 y 998).

ámbito de su competencia- la problemática existente a la fecha, relacionada con el 80% de la provisionalidad de los jueces [...] a nivel nacional¹⁰¹. En el affidavit del señor Hevia Araujo se presentaron varias gráficas al respecto. Una de ellas es sobre la regularización de la titularidad y en ella se puede apreciar que entre los años 2000 y 2005 había aproximadamente 200 jueces titulares y entre los años 2005 y 2008 este número subió a poco más de 700¹⁰². En otra gráfica, sobre la situación de provisionalidad de los jueces en Venezuela entre los años 2000 y 2008, se indica que en el año 2000 había alrededor de 1.500 jueces provisorios a nivel nacional y que en el año 2008 esta cifra bajó a alrededor de 700 jueces provisorios¹⁰³. Cabe notar que, según prueba aportada por el Estado, en el año 2008 había un total de 1.840 jueces a nivel nacional¹⁰⁴

104. Los informes de la Comisión Interamericana sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela coinciden con la cifra de los representantes en cuanto a la cantidad de jueces provisorios en determinado momento en Venezuela. Según el Informe anual de la Comisión del año 2002, habría entre un 60 y 90% de jueces provisorios¹⁰⁴, situación que persistía en el 2003¹⁰⁵. En el 2004 la Comisión indicó que “la situación no habría variado sustancialmente” desde el 2003 y que según información proporcionada por la Dirección General de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el 81.70% de los jueces estaba en condiciones de provisionalidad¹⁰⁶. En el mismo informe la Comisión indicó que el Estado había afirmado que “el hecho que más del 80% de los jueces en Venezuela sean provisionales es, efectivamente, uno de los problemas más graves que presenta el Poder Judicial”¹⁰⁷. Esta

¹⁰¹ Cfr. anexo 1 de la declaración del testigo Hevia Araujo, *supra* nota, folio 1087.

¹⁰² Cfr. anexo 1 de la declaración del testigo Hevia Araujo, *supra* nota, folio 1105.

¹⁰³ Cfr. anexo 1 de la declaración del testigo Hevia Araujo, *supra* nota, folio 1106.

¹⁰⁴ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2002, *supra* nota, párr. 30.

¹⁰⁵ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2003, *supra* nota, párr. 57.

¹⁰⁶ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2004, *supra* nota, párr. 186.

¹⁰⁷ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2004, *supra* nota, párr. 188.

misma información fue reiterada por la Comisión en su informe de 2005¹⁰⁸. En su informe de 2006, la Comisión resaltó que en dicho año se habían titularizado más del 80% de los operadores de justicia y en particular en la rama penal el Estado había informado que existía un 80% de jueces titulares¹⁰⁹.

105. De otra parte, en el expediente ante la Corte se entregó prueba respecto a convocatorias al PET, el programa establecido para titularizar a jueces provisorios (*supra* párr. 96) organizadas por la Escuela Nacional de la Magistratura, el 6 de octubre¹¹⁰, 10 de noviembre¹¹¹ y 26 de noviembre de 2005¹¹²; y el 29 de abril¹¹³ y 10 de noviembre de 2006¹¹⁴ respecto a las categorías A, B y C de jueces en el Distrito Capital¹¹⁵. En el período 2005-2006, dicha Escuela

¹⁰⁸ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2005, *supra* nota, párr. 292.

¹⁰⁹ Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana del año 2006, *supra* nota, párr. 160. Asimismo, cabe resaltar que el informe de la organización *Human Rights Watch* de 2004, tomando como fuente información suministrada por el Director Ejecutivo de la Magistratura en el 2004, indica que sólo el 20% de los 1.732 jueces del país gozaban de permanencia en sus cargos. El otro 80% estaba conformado por jueces provisionales (52%), jueces temporales (26%) y por quienes ocupan otros cargos sin ninguna estabilidad (2%). Cfr. *Human Rights Watch, Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, junio de 2004, Vol. 16. No. 3 (B), p. 11 (expediente de anexos a la demanda, Tomo II, anexo C.1.H, folio 408).

¹¹⁰ Cfr. aviso publicado en el diario "Últimas Noticias" por la Escuela Nacional de la Magistratura del TSJ el 6 de octubre de 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 45, folio 2915).

¹¹¹ Cfr. aviso publicado en el diario "Últimas Noticias" por la Escuela Nacional de la Magistratura del TSJ el 10 de noviembre de 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 46, folio 2916).

¹¹² Cfr. aviso publicado en el diario "Últimas Noticias" por la Escuela Nacional de la Magistratura del TSJ el 26 de noviembre de 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 47, folio 2917).

¹¹³ Cfr. aviso publicado en el diario "Últimas Noticias" por la Escuela Nacional de la Magistratura del TSJ el 29 de abril de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 48, folio 2918).

¹¹⁴ Cfr. aviso publicado en el diario "Últimas Noticias" por la Escuela Nacional de la Magistratura del TSJ el 10 de noviembre de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, Tomo II, anexo 49, folio 2918).

¹¹⁵ El Art. 9 de las NEC establece que: "el escalafón judicial para el ascenso de los jueces comprende tres categorías, comenzando por los Tribunales o Juzgados de Municipio, denominados categoría 'C', los Tribunales o Juzgados de Primera

reporta 1.390 jueces no titulares convocados a nivel nacional para las respectivas evaluaciones, de los cuales 151 fueron declarados no aptos para participar en el PET¹¹⁶. Asimismo, la Escuela reporta que 823 jueces provisorios cambiaron su condición a titulares por medio del PET en los años 2005-2006¹¹⁷.

106. De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que en Venezuela, desde agosto de 1999 hasta la actualidad, los jueces provisorios no tienen estabilidad en el cargo, son nombrados discrecionalmente y pueden ser removidos sin sujeción a ningún procedimiento preestablecido. Asimismo, en la época de los hechos del presente caso, el porcentaje de jueces provisorios en el país alcanzaba aproximadamente el 80%. En los años 2005 y 2006 se llevó a cabo un programa por medio del cual los mismos jueces provisorios nombrados discrecionalmente lograron su titularización. La cifra de jueces provisorios se redujo a aproximadamente 44% a finales del año 2008.

2.4 Análisis de los motivos expuestos para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo a su cargo ni saldarle sus salarios dejados de percibir

107. Una vez que se ha indicado el marco fáctico que la Corte ha tenido por probado en cuanto a la reestructuración del Poder Judicial y a la condición de “jueza provisoria” de la presunta víctima, corresponde analizar, conforme a lo expuesto en el párrafo 62 *supra*, si estas razones eximían al Estado de reincorporarla a su cargo y saldarle sus salarios dejados de percibir.

108. En cuanto a la reestructuración del Poder Judicial, la Comisión consideró que este hecho “no es justificación para no ordenar

Instancia, denominados categoría ‘B’, y los Juzgados Superiores o Cortes de Apelaciones, denominados categorías ‘A’”. *Cfr.* NEC, *supra* nota 79, folio 617.

¹¹⁶ *Cfr.* anexo 1 de la declaración del testigo Hevia Araujo, *supra* nota folio 1092.

¹¹⁷ *Cfr.* anexo 1 de la declaración del testigo Hevia Araujo, *supra* nota folio 1108. Cabe resaltar que el Estado además remitió información según la cual la cantidad de jueces provisorios que se titularizaron en el mismo período corresponde a 816. *Cfr.* Informe titulado “Años 2005-2006. Jueces Titulares en los Concursos Públicos” emitido por la Escuela Nacional de la Magistratura (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Tomo II, anexo 16, folios 3710 a 3744).

la reincorporación de la señora Reverón Trujillo al cargo ni el pago de los salarios dejados de percibir[.] En tal sentido, la actuación de la Sala Político Administrativa del TSJ no tuvo en cuenta que incluso en el marco del proceso de reestructuración, se encontraban regulados ciertos parámetros mínimos de estabilidad en aras de la independencia judicial, que debieron ser tenidos en cuenta al momento de disponer la reparación por la destitución arbitraria de la señora Reverón Trujillo”.

109. Sobre la provisionalidad la Comisión sostuvo “que a la luz del principio de independencia judicial los Estados deben asegurar que todas las personas que ejerzan la función judicial cuenten con garantías de estabilidad reforzada, entendiéndose que, salvo la comisión de graves faltas disciplinarias, la estabilidad en el cargo debe ser respetada por el plazo o condición establecida en la designación, sin distinción entre los jueces llamados ‘de carrera’ y aquellos que ejercen temporal o provisoriamente la función judicial. Tal temporalidad o provisionalidad debe en todo caso estar determinada por un término o condición específica de ejercicio de la judicatura, a fin de garantizar que tales jueces no serán removidos de sus cargos en razón de las decisiones que adopten”.

110. Los representantes alegaron que la reestructuración del Poder Judicial no era “una razón legal ni legítima para que no se haya reincorporado al cargo a María Cristina Reverón Trujillo, con todas las consecuencias que ello implicaba [...]. Más, si tomamos en cuenta que el Estado ha removido y sigue removiendo constantemente jueces provisorios, quedando muchos cargos vacantes que luego son llenados con designaciones discrecionales de la Comisión Judicial”. Además, indicaron que la falta de pago de los salarios que dejó de percibir representa “una arbitrariedad, porque la reestructuración judicial nada tiene que ver con las indemnizaciones debidas a la juez y no existe limitación legítima alguna para negarlas”.

111. En lo que respecta a la provisionalidad, los representantes manifestaron que la “injustificada e irrazonable distinción introducida por el Estado entre jueces provisorios sin ninguna estabilidad y jueces titulares con estabilidad, es claramente arbitraria y caprichosa. No resulta razonable ni legítimo que existan jueces que puedan ser removidos discrecionalmente, sin causa ni procedimiento alguno”.

112. El Estado señaló que el proceso de reestructuración, que implica llamar a concursos para obtener la titularidad de todos los cargos, “resulta especialmente complejo tomando en cuenta el número de tribunales existentes en el país, las nuevas competencias especiales creadas desde el año 2000, y la necesidad de que todos los concursos se adec[ú]en a las previsiones constitucionales”. Agregó que la aplicación de las normas relativas a la reestructuración ocasionó una serie de vacíos en diversos tribunales del país, como consecuencia de la destitución de sus ocupantes. Según el Estado, conciente de sus obligaciones establecidas en la Convención Americana que ordena adaptar las disposiciones de derecho interno para garantizar y hacer efectivos los derechos establecidos en dicho instrumento, así como dada la obligación constitucional de garantizar la continuidad de la administración de la justicia y el derecho de acceso a la justicia, procedió a la designación temporal y excepcional de jueces y juezas no titulares para cubrir las vacantes que se fueran produciendo.

113. Adicionalmente, el Estado señaló que los jueces provisorios ingresan al Poder Judicial sin haber aprobado el concurso público de oposición, por lo que sus condiciones y aptitud para el ejercicio del cargo no han sido demostradas con las garantías de transparencia que imponen los concursos, sino que son designados luego de una revisión de sus credenciales. En segundo lugar, alegó que “la credibilidad y legitimidad del sistema de justicia requiere que se garantice la idoneidad ética, moral y profesional de los jueces, lo que sólo puede alcanzarse por medio de mecanismos objetivos e imparciales de selección de los mejores, así como por medio de controles sociales sobre su designación”. Finalmente, concluyó que “[g]arantizar una supuesta estabilidad para los jueces provisorios, contraría ese derecho de toda la población a contar con jueces designados mediante concursos públicos de oposición”.

114. Al respecto, la Corte nota que los jueces provisorios en Venezuela ejercen exactamente las mismas funciones que los jueces titulares, esto es, administrar justicia¹¹⁸. De tal suerte, los justiciables

¹¹⁸ Al respecto, el testigo Cabrera Romero, propuesto por el Estado manifestó “no hay ninguna diferencia porque el juez provisorio en realidad está ocupando el cargo de un juez titular para todas las causas que tenga allí”. *Cfr.* declaración del testigo Cabrera Romero, *supra* nota 98.

tienen el derecho, derivado de la propia Constitución venezolana y de la Convención Americana, a que los jueces que resuelven sus controversias sean y aparenten ser independientes. Para ello, el Estado debe ofrecer las garantías que emanan del principio de la independencia judicial, tanto a los jueces titulares como a los provisorios.

115. Ahora bien, aunque las garantías con las que deben contar los jueces titulares y provisorios son las mismas (*supra* párr. 70), éstas no conllevan igual protección para ambos tipos de jueces, ya que los jueces provisorios son por definición elegidos de forma distinta y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo. Por ejemplo, el procedimiento escogido por Venezuela para el nombramiento de jueces ha sido a través de concursos públicos de oposición (*supra* párr. 66). Esto supuestamente debe asegurar que los jueces titulares sean personas íntegras e idóneas, como lo exigen los principios internacionales. Los jueces provisorios son por definición personas que no han ingresado al Poder Judicial por estos concursos y por tanto no necesariamente van a contar con las mismas calificaciones que los jueces titulares. Como bien lo observa el Estado, sus condiciones y aptitud para el ejercicio del cargo no han sido demostradas con las garantías de transparencia que imponen los concursos. El Estado bien puede tener razón cuando observa esto. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que los jueces provisorios no deban contar con ningún procedimiento al ser nombrados, ya que según los Principios Básicos “[t]odo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos”.

116. De la misma forma en que el Estado está obligado a garantizar un procedimiento adecuado de nombramiento para los jueces provisorios, debe garantizarles una cierta inamovilidad en su cargo. Esta Corte ha manifestado que la provisionalidad “debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente”¹¹⁹. De esta manera, la

¹¹⁹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)* Vs. *Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 43.

garantía de la inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin legal a su mandato. En este sentido, vale la pena mencionar que la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela sí reconocía que los jueces provisorios cuentan con estabilidad hasta que se cumpliera cierta condición¹²⁰.

117. La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas, ya que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial.

118. Ahora bien, dado que no se puede igualar un concurso público de oposición a una revisión de credenciales ni se puede aseverar que la estabilidad que acompaña a un cargo permanente es igual a

¹²⁰ Según una sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, “los jueces provisorios no son jueces de carrera, pero no obstante ello, gozan de los derechos de estabilidad, independencia e inamovilidad que garantiza la Carta Magna a los jueces de la República, por tanto para ser suspendidos o removidos de dicho ejercicio deben seguirse los procedimientos que determine la Ley, es decir, mediante sanciones resultado de un procedimiento disciplinario o bien porque dicho cargo sea sacado a concurso a los fines de asignar la titularidad del mismo y el juez provisorio que se encuentre al frente del mismo –si concursare– no resulte favorecido por dicho concurso. [...] Las normas citadas [artículos 207 y 208 de la antigua Constitución], garantizan a los jueces su independencia y autonomía para la administración de justicia e igualmente tutelan la estabilidad laboral de la que gozan los jueces, independientemente que éstos sean de carrera, provisorios o suplentes; derechos constitucionales que también este Máximo Tribunal de la República ha garantizado jurisprudencialmente a través de reiterados fallos y que ratifica de nuevo en esta oportunidad”. *Cfr.* decisión de la SPA de la Corte Suprema de Justicia emitida el 20 de febrero de 1997 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, anexo B.6, folios 207, 208 y 211). En similar sentido, en la sentencia No. 365 emitida el 26 de mayo de 1994, la SPA afirmó que “el Consejo de Judicatura ‘s[ó]lo puede dejar sin efecto la designación de un juez (o suplente) provisorio a través de la convocatoria a concurso, o por el procedimiento disciplinario correspondiente’ (citando sentencia del 17-12-91, caso: ‘Jairo, Nixón Manzano Navarro’)”. *Cfr.* Sentencia No. 365 emitida por la SPA el 26 de mayo de 1994, expediente de anexos a los alegatos finales escritos de los representantes de la presunta víctima, Tomo I, anexo 1, folio 2805.

la que acompaña a un cargo provisorio que tiene condición resolutoria, esta Corte ha sostenido que los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial¹²¹. De otra parte, para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

119. En el presente caso, la Corte nota que el régimen de transición en Venezuela persigue un fin legítimo y acorde con la Convención, esto es, que los mejores jueces integren el Poder Judicial. No obstante, la aplicación en la práctica de dicho régimen se ha mostrado inefectiva para cumplir con el fin propuesto. En primer lugar, porque el régimen se ha extendido por cerca de diez años. Incluso el 18 de marzo de 2009 el TSJ dictó una resolución en la que se ordenó la “reestructuración integral” de todo el Poder Judicial y ordenó el sometimiento de todos los jueces a un “proceso obligatorio de evaluación institucional”, permitiéndose a la Comisión Judicial suspender a los jueces que no aprueben dicha evaluación¹²². Ello demuestra que el proceso de reestructuración, pese al tiempo transcurrido, sigue implementándose de distintas maneras.

120. En segundo lugar, en el expediente ante la Corte no existe prueba sobre la adopción del Código de Ética (*supra* párr. 88).

121. En tercer lugar, el Poder Judicial tiene actualmente un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40%, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del presente caso alcanzó el 80% (*supra* párrs.

¹²¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra* nota 28, párr. 43.

¹²² Cfr. resolución No. 2009-0008 emitida por el TSJ el 18 de marzo de 2009 (expediente de fondo, Tomo IV, folios 1544 a 1548).

103 y 104). Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial conforme al párrafo 118 *supra*, resulta particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrece a dichos jueces la garantía de inamovilidad (*supra* párrs. 101, 102 y 113). Como ya fue establecido, la inamovilidad es una de las garantías básicas de la independencia judicial que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual (*supra* párrs. 75 a 79 y 114). Además, la Corte observa que los jueces provisorios son nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la utilización de concursos públicos de oposición (*supra* párrs. 101, 102 y 113), y muchos de éstos han sido titularizados a través del PET (*supra* párr. 105). Esto quiere decir que las plazas correspondientes han sido provistas sin que las personas que no hagan parte del Poder Judicial hayan tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas. A pesar de que a través del PET se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorga estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad.

122. De otra parte, un reintegro inmediato de la señora Reverón Trujillo con posterioridad a la decisión judicial que reconocía la arbitrariedad de su destitución, y hasta tanto se celebraran los concursos de oposición, hubiera permitido salvaguardar tanto el objetivo que persigue el régimen de transición como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial. Más aún si se tiene en cuenta que al momento en el que se emitió la decisión de la SPA el concurso público de oposición no se había realizado. Tampoco resultaba excesiva la afectación a los derechos del juez provisorio que hubiera sido nombrado después de la destitución de la víctima, toda vez que es razonable que la condición resolutoria del nombramiento del nuevo provisorio fuera interpretada como dependiente de la validez de la destitución del anterior.

123. En consecuencia, el Tribunal estima que el régimen de transición y el carácter de provisorio de la señora Reverón Trujillo, condiciones esgrimidas por la SPA al momento de no ordenar su reincorporación, no pueden considerarse como motivos aceptables. La Corte reitera (*supra* párr. 81) que un corolario necesario de la garantía de inamovilidad del cargo de los jueces provisorios, al igual

que de los titulares, es la reincorporación a su puesto, así como el reintegro de los salarios dejados de percibir, cuando se ha comprobado, como en el presente caso, que la destitución fue arbitraria (*supra* párr. 53). En el caso de los jueces provisorios, por las razones adelantadas (*supra* párr. 116 y 117) se entiende que la permanencia en el cargo hubiera sido hasta que se cumpliera la condición resolutoria, es decir, la celebración de los concursos públicos de oposición.

124. La Corte considera que las razones que hubieran podido esgrimirse para no haber reincorporado a la señora Reverón Trujillo tendrían que haber sido idóneas para lograr una finalidad convencionalmente aceptable; necesarias, es decir, que no existiera otro medio alternativo menos lesivo, y proporcionales en sentido estricto. Ejemplos de justificaciones que pudiesen haber sido aceptables en este caso son: i) que no subsista el juzgado o tribunal para el cual prestaba el servicio; ii) que el juzgado o tribunal para el cual prestaba servicio esté integrado por jueces titulares nombrados conforme a la ley, y iii) que el juez destituido haya perdido su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, cuestiones que no fueron invocadas por la SPA en este caso.

125. Cabe notar que el Estado ha indicado y aportado prueba con respecto a que los dos últimos cargos que ocupó la señora Reverón Trujillo, es decir, Jueza en funciones de Control y Jueza en funciones de Juicio (*supra* párr. 49), están siendo ocupados por juezas titulares¹²³. Al respecto, la Corte considera que éstas no fueron las razones por las que la SPA no ordenó la reincorporación de la señora Reverón Trujillo, lo cual bastaría para desechar los alegatos del Estado. No obstante, el Tribunal hace notar que las titularizaciones de las juezas mencionadas por el Estado se produjeron posteriormente al 1 de octubre de 2006 y 16 de mayo de 2008, respectivamente¹²⁴, esto es, dos años y casi cuatro años después de que la SPA negó la reincorporación de la presunta víctima.

¹²³ *Cfr.* detalle de la Jueza Tivisay Sánchez (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Tomo II, anexo 26, folio 3786) y detalle de la Jueza Marta Isabel Gomis (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Tomo II, anexo 26, folio 3788).

¹²⁴ *Cfr.* detalle de la Jueza Tivisay Sánchez, *supra* nota 123, folio 3786 y detalle de la Jueza Marta Isabel Gomis, *supra* nota 123, folio 3788.

126. En lo que respecta a la falta de pago de los salarios dejados de percibir por la señora Reverón Trujillo, la Corte considera que ni la reestructuración del Poder Judicial ni el carácter provisorio del cargo de la presunta víctima tienen relación alguna con su derecho a ser reparada por la destitución arbitraria que sufrió. Conforme a la jurisprudencia de la Corte, las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas¹²⁵. La reparación del daño ocasionado por la infracción requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que la infracción produjo, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados¹²⁶. Concretamente, el Tribunal ha señalado que en casos de destituciones arbitrarias de magistrados, “el Estado debe resarcir a dichos magistrados por los salarios y prestaciones dejados de percibir”¹²⁷.

127. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas. En segundo lugar, no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso interno intentado no resultó efectivo. De otra parte, algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial que se viene implementando

¹²⁵ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 205; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 143, y *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 202.

¹²⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25 y 26; *Caso La Cantuta Vs. Perú, supra* nota 125, párr. 201, y *Caso Bayarri Vs. Argentina, supra* nota párr. 120.

¹²⁷ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, supra* nota 28, párr. 120.

en Venezuela (*supra* párr. 121), por las consecuencias específicas que tuvo en el caso concreto, provoca una afectación muy alta a la independencia judicial.

128. En vista de la conclusión anterior y de lo expuesto en el párrafo 62 *supra*, la Corte considera que no es necesario analizar en este capítulo si las medidas de reparación acordadas por la SPA a favor de la señora Reverón Trujillo eran adecuadas, en especial, los concursos de oposición, ya que, se reitera, las reparaciones adecuadas eran la restitución al cargo y el pago de los salarios dejados de percibir.

* *

129. Los representantes también han sostenido que la alegada situación de provisionalidad generalizada y la consideración de los jueces como funcionarios de libre nombramiento y remoción “ha implicado cientos de destituciones sumarias, muchas de las cuales atienden a claros matices políticos y económicos”.

130. Al respecto, el Tribunal nota que los hechos del presente caso no demuestran que la señora Reverón Trujillo haya sido destituida sumariamente en atención a intereses políticos y económicos¹²⁸. Por ello, el Tribunal considera que no es pertinente analizar dichos alegatos. [...]

¹²⁸ En similar sentido el Tribunal ha señalado anteriormente que “la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención” (*Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 50, resaltado fuera del texto).

La justicia penal militar ante las violaciones de derechos humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos
Sentencia de 23 de noviembre de 2009
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA [...]

2. Los hechos del presente caso se refieren a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Según la Comisión Interamericana, las alegadas violaciones derivadas de este hecho “se prolongan hasta la fecha, por cuanto el Estado mexicano no ha establecido el paradero de la presunta] víctima ni se han encontrado sus restos”. De acuerdo a lo alegado por la Comisión, “a más de 33 años de los hechos, existe total impunidad ya que el Estado no ha sancionado penalmente a los responsables, ni ha asegurado a los familiares una adecuada reparación”. [...]

IX

SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Y LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR INVESTIGACIONES EFECTIVAS

ARTÍCULOS 8.1 (GARANTÍAS JUDICIALES)¹²

Y 25.1 (PROTECCIÓN JUDICIAL)³, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El artículo 8.1 establece que: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

³ El artículo 25.1 señala que: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando

(OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) Y 2⁴ (DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS DE DERECHO INTERNO) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, Y LOS ARTÍCULOS I, INCISOS A) Y B), IX Y XIX⁵ DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA [...]

B. Actuaciones en la jurisdicción militar

260. El Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero emitió una resolución mediante la cual ordenó la aprehensión del señor Francisco Quiroz Hermosillo y declinó su competencia en razón del fuero a favor del Juzgado Militar que correspondiese. El asunto recayó en el Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar (en adelante, “Juez Primero Militar”), quien aceptó la competencia y, en consecuencia, ordenó que se abriera el expediente 1513/2005⁶.

261. El Agente del Ministerio Público Militar correspondiente interpuso un recurso de revocación en contra del auto mediante el

tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁴ El artículo 2 establece que: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁵ El artículo IX señala, en lo pertinente, que: Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

El artículo XIX establece que: Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

⁶ *Cfr.* Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito en el Conflicto Competencial Penal 6/2005, de 27 de octubre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo G.6, folios 2095 a 2096), y declaración rendida ante fedatario público (affidávit) por la Licenciada Martha Patricia Valadez Sanabria (expediente de fondo, tomo IV, folio 1431).

cual el Juez Primero Militar aceptó la competencia planteada. El 27 de octubre de 2005 el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito (en adelante, “Primer Tribunal Colegiado”) resolvió que dicho juzgado militar era competente para conocer de la causa respectiva⁷.

262. Por otra parte, el 6 de septiembre de 2005 la señora Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo en contra de la resolución de incompetencia del Juzgado Segundo de Distrito⁸. Esta demanda fue desechada de plano por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero (en adelante, “Juzgado Sexto de Distrito”) ⁹.

263. El 6 de octubre de 2005 la señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de la resolución referida¹⁰. Dicho recurso fue resuelto el 24 de noviembre de 2005 por el Primer Tribunal Colegiado, el cual decidió confirmar el desechamiento de la demanda de amparo¹¹.

264. Luego de diversa tramitación ante el Juez Primero Militar y el Juez Cuarto Militar, el 29 de noviembre de 2006 este último dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal por muerte del imputado, quien falleció el 19 de noviembre de ese año¹².

⁷ Cfr. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito en el Conflicto Competencial Penal 6/2005, de 27 de octubre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo G.6, folios 2096 a 2140), y declaración rendida ante fedatario público (affidávit) por la Licenciada Martha Patricia Valadez Sanabria (expediente de fondo, tomo IV, folios 1431 y 1432).

⁸ Cfr. Escrito de demanda de amparo suscrito por Tita Radilla Martínez, de 6 de septiembre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo F.2, folios 1989 a 2029).

⁹ Cfr. Sentencia del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, de 6 de septiembre de 2005, expediente PRAL. 854/2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo F.4, folios 2030 a 2039).

¹⁰ Cfr. Recurso de revisión suscrito en representación legal de Tita Radilla Martínez, de 6 de octubre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo F.6, folios 2050 a 2070).

¹¹ Cfr. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, de 24 de noviembre de 2005 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 2 de noviembre de 2009, folios 3223 y 3224).

¹² Cfr. Declaración rendida ante fedatario público (affidávit) por la Licenciada Martha Patricia Valadez Sanabria (expediente de fondo, tomo IV, folio 1432), y escri-

265. De los hechos señalados anteriormente, se desprende que la competencia de la jurisdicción militar para conocer y resolver los hechos relativos a la detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue impugnada a través de dos vías. La primera de ellas, por medio de un recurso de revocación interpuesto por un agente del ministerio público militar en contra de un auto mediante el cual un juez militar aceptó la competencia para conocer de los hechos (*supra* párr. 261). Dicho recurso de revocación desembocó en una resolución de un tribunal colegiado de circuito que resolvió a favor de la competencia de la jurisdicción militar (*supra* párr. 261). Por otro lado, la señora Tita Radilla interpuso un recurso de amparo en contra de la decisión de un juzgado de distrito a través del cual se declaró incompetente para conocer de los hechos de este caso y remitió el expediente a la justicia militar (*supra* párr. 262). Dicho recurso fue desechado, por lo que posteriormente la señora Tita Radilla interpuso un recurso de revisión, el cual fue también desechado (*supra* párrs. 262 a 263). La Corte se referirá a estos dos puntos de manera separada.

* * *

266. La Comisión Interamericana señaló que la actuación de la justicia penal militar constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ya que no cumple con los estándares del sistema interamericano respecto a casos que involucran violaciones a derechos humanos, principalmente por lo que se refiere al principio de tribunal competente.

267. Por su parte, los representantes alegaron que el proceso penal seguido ante la justicia militar por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco es violatorio de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como del artículo IX de la CIDFP, “por no ser los tribunales competentes para conocer de un caso de graves violaciones de derechos humanos y contravenir los principios de independencia e imparcialidad”. Los representantes también señalaron que el Estado violó los artículos 8 y 25 de la Convención,

to de solicitudes y argumentos (expediente de fondo, tomo I, folios 357 y 358). Escrito de contestación a la demanda (expediente de fondo, tomo II, folio 704).

en relación con el artículo 2 de la misma, “por no haber generado o modificado la legislación interna para impedir que el fuero militar conozca de casos que implican violaciones de derechos humanos”.

268. El Estado alegó que la jurisdicción militar tiene un reconocimiento legal en México, y que el término “fuero de guerra” inscrito en la Constitución no implica un privilegio o “prebenda” para los miembros de las fuerzas armadas, “sino una jurisdicción especializada que conozca de las faltas y delitos contra la disciplina militar [...]”. En tal sentido, señaló que el artículo 13 constitucional se refiere a las personas acusadas de un delito y no a las presuntas víctimas, por lo que “cuando un civil es víctima de un delito cometido por un militar, la autoridad competente para juzgar el delito son los tribunales militares [...]”. Adicionalmente, indicó que “[por excepción, cuando los militares cometan un delito del orden común federal y no se encuentren desempeñando un acto del servicio militar, es decir, que se encuentren en horas de asueto [...] no serán juzgados por los tribunales castrenses, sino por los civiles, en razón de que el quebrantamiento de los bienes jurídicos se da en agravio de la sociedad en general [...]”.

269. El Estado indicó que “cuando se cometen delitos del orden común o federal por parte del personal militar, se aplican por competencia atrayente dichos Códigos sustantivos por lo que hace al delito y las penas, pero el procedimiento penal militar se rige por el Código de Justicia Militar, [...] en términos de los artículos 57 y 58 de dicho ordenamiento castrense”. Al respecto, manifestó que el artículo 57 del Código de Justicia Militar establece dos supuestos para que un delito sea considerado en contra de la disciplina militar: 1) cuando esté contemplado en el libro segundo del Código de Justicia Militar relativo a los “delitos, faltas, delincuentes y penas”, siempre que el sujeto activo en la comisión del delito sea militar, es decir, esté activo en las Fuerzas Armadas; y, 2) cuando se cometen delitos del orden común o federal por un militar “y se actualiza cualquiera de los criterios enlistados del inciso a) al inciso d) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar”. Asimismo, señaló que “las resoluciones emanadas de los tribunales militares son susceptibles de ser revisados por autoridades federales mediante la

figura del amparo”, y que de esta forma se conserva la garantía del juez natural en los casos donde la víctima de un delito sea un civil, “puesto que de ninguna manera, las resoluciones de los tribunales militares se vuelven inatacables jurídicamente”.

B1. Jurisdicción competente

270. De acuerdo con los alegatos de la Comisión, los representantes y el Estado surge que, en el presente caso, uno de los puntos que debe abordar este Tribunal es el relativo a la aplicación de la jurisdicción militar a hechos tales como la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, los cuales, según ha sido establecido en esta Sentencia, configuran violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención Americana en su perjuicio (*supra* párr. 159).

271. Al respecto, el Tribunal observa que, como se desprende de los hechos (*supra* párrs. 260 a 264), el 27 de octubre de 2005 el Primer Tribunal Colegiado resolvió que el Juzgado Primero Militar era competente para conocer de la causa en contra del señor Francisco Quiroz Hermosillo. Además, que en su decisión, el Primer Tribunal Colegiado señaló que dicha persona se desempeñaba como Teniente Coronel de Infantería del Ejército Mexicano, adscrito a la Costa Grande del Estado de Guerrero en la población de Atoyac de Álvarez, y que se encontraba encargado “de los puestos de revisión que la institución armada tenía en los puntos precisados [...]”. Asimismo, estableció, entre otros, que del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³(en adelante, “Constitu-

¹³ El artículo 13 de la Constitución establece que: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (expediente de anexos a la contestación a la demanda, anexo III.6, página 8).

ción”) y del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar¹⁴, se desprende que “los tribunales militares conocerán de los delitos contra la disciplina militar, [...] en esa categoría se ubican los ilícitos del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones”. Finalmente, señaló que dado que el hecho que probablemente había cometido el señor Quiroz Hermosillo era el de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, previsto y sancionado por el “Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, vigente en la época de comisión del evento delictivo”, dicho delito era considerado como contrario a la disciplina militar, por lo que era “facultad exclusiva de la justicia militar conocer y resolver al respecto”¹⁵.

272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de

¹⁴ El Código de Justicia Militar refiere, en sus partes pertinentes, que:

Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar: [...]

II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; [...]

Cfr. Código de Justicia Militar publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933, texto vigente (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4.pdf>).

¹⁵ Cfr. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito en el Conflicto Competencial Penal 6/2005, de 27 de octubre de 2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo G.6, folios 2128, 2129 y 2135).

delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar¹⁶.

273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos¹⁷ sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria¹⁸. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia¹⁹. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial²⁰.

¹⁶ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 128; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117; *Caso Camoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 112; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 51; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 165; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 142; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *supra* nota 129, párr. 202; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 124 y 132; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, *supra* nota 133, párr. 189; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 131; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 142; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, *supra* nota 83, párr. 200; *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 56, párr. 105, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

¹⁷ Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, *supra* nota 83, párr. 200, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 56, párr. 105.

¹⁸ Cfr. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, *supra* nota 274, párr. 118; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 142; y, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, *supra* nota 83, párr. 200.

¹⁹ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 128; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, *supra* nota 274, párr. 143, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

²⁰ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 112; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 274, párr. 167, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 56, párr. 101.

274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (*supra* párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulnere derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (*supra* párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

276. El Tribunal nota que, durante la audiencia pública (*supra* párr. 69), el perito Miguel Sarre Iguíniz advirtió sobre la extensión de la jurisdicción militar en México y señaló que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar “se sale del ámbito estricto y cerrado [...] de la disciplina militar [...]”, además de que “no solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]”. Asimismo, el perito Federico Andreu-Guzmán, en la declaración rendida ante el Tribunal (*supra* párr. 68), señaló que entre los elementos característicos de la jurisdicción penal militar mexicana se encontraba “un extenso ámbito de competencia material, que supera el marco de los delitos estrictamente militares”, y que “mediante la figura del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la jurisdicción pe-

nal mexicana tiene las características de un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito”²¹.

277. En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, en las que participaron agentes militares (*supra* párr. 150), no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. Además, en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.

278. De todo lo anterior, puede concluirse que la decisión del Primer Tribunal Colegiado (*supra* párr. 261) generó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos implicados, lo cual tuvo como resultado que el señor Francisco Quiroz Hermosillo fuera procesado ante la justicia militar hasta el sobreseimiento del proceso debido a su fallecimiento (*supra* párr. 264).

279. Ahora bien, el Estado mexicano señaló que las decisiones dictadas por tribunales militares son susceptibles de ser revisadas por las autoridades ordinarias a través de la “figura” del amparo, con lo cual, en su opinión, se salvaguarda la garantía del juez natural en los casos donde la víctima de un delito considerado del orden militar sea un civil.

280. Al respecto, la Corte estima conveniente subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el

²¹ *Cfr.* Declaración rendida por el señor Federico Andreu-Guzmán ante fedatario público (affidávit) el 22 de junio de 2009 (expediente de fondo, tomo IV, folio 1319).

principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales²².

281. En el presente caso, la sola posibilidad de que las decisiones emanadas de tribunales militares puedan ser “revisadas” por las autoridades federales no satisface el principio del juez natural, ya que desde la primera instancia el juez debe ser competente. En el presente caso, la Corte ya señaló que los tribunales militares no son competentes para conocer de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.

282. De lo anterior, la Corte estima que el Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar. En tal sentido, dado que los tribunales militares no son competentes, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto a la supuesta falta de independencia e imparcialidad alegada por los representantes (*supra* párr. 267).

* * *

283. Por otra parte, al analizar los diversos argumentos vertidos por el Estado al explicar el ejercicio de la jurisdicción militar en el presente caso, llama la atención del Tribunal la aplicación del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar en la decisión del Primer Tribunal Colegiado (*supra* párr. 261). Dicha disposición se refiere a la extensión de la jurisdicción militar sobre delitos del fuero ordinario cuando sean “cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo” (*supra* nota 272).

284. Al respecto, el Tribunal resalta que si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar.

²² Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra* nota 54, párr. 161.

285. Durante la audiencia pública (*supra* párr. 9) el Tribunal solicitó al Estado que indicara si existe un desarrollo jurisprudencial a nivel interno que permita distinguir los actos que se consideran cometidos “en servicio o con motivo de actos del mismo”. Al respecto, en los alegatos finales escritos el Estado mexicano se refirió a diversos criterios jurisprudenciales de cuya lectura, sin embargo, no se advierte aclaración alguna sobre lo solicitado por la Corte. Antes bien, tales criterios jurisprudenciales reiteran el contenido del artículo 57 del Código de Justicia Militar sin esclarecerlo²³.

286. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del

²³ *Cfr.* Alegatos finales escritos presentados por el Estado (expediente de fondo, tomo IX, folios 2837 a 2847). El Estado se refirió a los siguientes criterios jurisprudenciales: 1) “Ejército, miembros del”. No. Registro: 904,118. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice 2000. Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN. Tesis: 137. Página: 95; 2) “Fuero militar, competencia del”. No. Registro: 918,432. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice 2000. Tomo: VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia. Tesis: 30. Página: 41; 3) “Militares en servicio, delitos cometidos por los. Competencia del fuero militar”. No. Registro: 918,435. Jurisprudencia. Materia (s): Penal. Sexta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice 2000. Tomo: VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia. Tesis: 33. Página: 47; 4) “Delitos contra la disciplina militar”. Tesis de jurisprudencia 148/2005. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha veintiséis de octubre de dos mil cinco; 5) “Delito esencialmente militar, homicidio cometido por un militar en actos del servicio”. No. Registro: 815,198. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Informes. Informe 1949. Tesis: Página. 110; 6) “Militares, delitos cometidos por los, contra la disciplina. Competencia”. No. Registro: 235,610. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Tesis: 75. Página: 34; 7) “Salud, delito contra la. Militares como sujetos activos. Incompetencia del fuero castrense, si no están en servicio”. No. Registro: 234,262. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 181-186 Segunda Parte. Tesis: Página: 101; 8) “Servicio. militares en”. No. Registro: 206,199. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Óctava Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. VII, Junio de 1991. Tesis: 1a. XIV/91. Página: 76, y 9) “Fuero militar. Es de excepción”. No. Registro: 234,996. Tesis aislada. Materia (s): Penal. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 115-120 Segunda Parte. Tesis: Página 51.

fuego ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

287. Con base en lo señalado precedentemente, es posible considerar que la disposición en estudio opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte²⁴.

288. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”²⁵. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)²⁶.

289. En consecuencia, el Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

²⁴ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, *supra* nota 274, párr. 51; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 142, y *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, *supra* nota 83, párr. 200.

²⁵ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, *supra* nota 51, párr. 55, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 24, párr. 179.

²⁶ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*, *supra* nota 283, párr. 68; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, *supra* nota 51, párr. 55, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 24, párr. 179.

B2. Recurso efectivo para impugnar la competencia militar

290. Tanto la Comisión como los representantes de las presuntas víctimas alegaron que el artículo 25.1 de la Convención ha sido también vulnerado porque los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco no pudieron impugnar la remisión de la causa a la jurisdicción militar (*supra* párrs. 266 a 267).

291. La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales²⁷.

292. Al respecto, de los hechos del presente caso se desprende que una vez que el Juzgado Segundo de Distrito decidió declinar su competencia a favor de la jurisdicción militar, la señora Tita Radilla Pacheco interpuso un juicio de amparo para revocar esta resolución. Sin embargo, esta demanda fue desechada en primera instancia (*supra* párr. 262) ya que con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo “el ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto [...] relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño [...]”²⁸. En tal decisión también se indicó que:

en el sistema jurídico mexicano, los procesos del orden penal se integran sólo entre el acusado y el Ministerio Público, titular de la acción penal quien ejerce monopolio de ésta y, por ende, está facultado para emprender las defensas durante el proceso de todos y cada uno de los actos que durante éste se susciten y que afecten su buena marcha, entre los cuales [...] se encuentran temas procedimentales como son los que atañen al Tribunal ante el cual deba ventilarse el caso en razón del fuero, tópico que puede ser analizado a través de los medios de defensa planteados ante las instancias competentes en términos del artículo 367, fracción VIII,

²⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *supra* nota 24, párr. 91; *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, *supra* nota 139, párr. 69, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, *supra* nota 40, párr. 110.

²⁸ Cfr. Sentencia del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, de 6 de septiembre de 2005, expediente PRAL. 854/2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo E3, folio 2033).

del Código Federal de Procedimientos Penales; recurso que [...] solamente puede plantear el Ministerio Público, no así el ofendido o sus legítimos representantes así sean coadyuvantes del Representante Social [...]”²⁹.

293. La señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de dicha decisión. El Tribunal observa que, por “razón de turno”, correspondió al mismo Primer Tribunal Colegiado que resolvió la cuestión relativa al conflicto competencial (*supra* párr. 265) conocer del recurso de revisión. De la decisión de 24 de noviembre de 2005, solicitada por este Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 12) se desprende que el Primer Tribunal Colegiado estableció que no serían “motivo de estudio ni la resolución impugnada ni los agravios propuestos por la señora Tita Radilla Martínez”, debido a que lo reclamado guardaba relación con el conflicto competencial ya resuelto. En tal sentido, dicho Tribunal Colegiado señaló que había “sobrevenido” una causal diversa a la invocada por el Juzgado Segundo de Distrito (*supra* párr. 292) para desechar el amparo y que, en consecuencia, era aplicable lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, según el cual, éste es improcedente “cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado”³⁰. Por tanto, en razón de que previamente ya había resuelto la competencia en favor del fuero militar en el mismo asunto, el Primer Tribunal Colegiado confirmó el desecharamiento de la demanda de amparo promovida por la señora Tita Radilla Martínez.

294. De la decisión anterior, claramente puede concluirse que se privó a la señora Tita Radilla Martínez de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario.

²⁹ *Cfr.* Sentencia del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero, de 6 de septiembre de 2005, expediente PRAL. 854/2005 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo F.3, folios 2036 a 2037).

³⁰ *Cfr.* Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, de 24 de noviembre de 2005 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 2 de noviembre de 2009, folios 3203, 3205 y 3214).

295. Al respecto, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas³¹.

296. En este sentido, el Tribunal ha establecido que para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto³². La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente³³.

297. La Corte resalta que, como señaló anteriormente en esta Sentencia (*supra* párrs. 247 y 275), la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes. Ello implica necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autoridades judiciales que eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia.

298. En consecuencia, en el presente caso el recurso de amparo no fue efectivo para permitir a la señora Tita Radilla Martínez

³¹ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 145, y *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, *supra* nota 139, párr. 72.

³² Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr. 4; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131, y *Caso Escher Vs. Brasil*, *supra* nota 64, párr. 196.

³³ Cfr. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, *supra* nota 51, párr. 117; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, *supra* nota 290, párr. 131, y *Caso Escher Vs. Brasil*, *supra* nota 64, párr. 196.

impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada de su padre, el señor Rosendo Radilla Pacheco, por la jurisdicción militar, lo cual constituye una violación del artículo 25.1 de la Convención.

B3. La justicia militar en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada

299. Los representantes alegaron que la aplicación de la jurisdicción militar en este caso configura igualmente una violación del artículo IX de la CIDFP.

300. En esta Sentencia ya quedó establecido que no cabe duda que actos tales como la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no guardan relación con la disciplina militar y que, por lo tanto, están excluidos de la competencia de la jurisdicción castrense (*supra* párr. 277). Como ya ha sido señalado (*supra* párrs. 272 y 273), la jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Establecer lo contrario atentaría contra el principio del juez natural³⁴, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana. A esto apunta el artículo IX de la CIDFP.

301. La Corte observa que México formuló una reserva al citado artículo IX de la CIDFP conforme a la cual manifestó que su ordenamiento jurídico interno reconoce “el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio” (*infra* párr. 306). Los representantes solicitaron al Tribunal declarar la “nulidad” de la reserva formulada por el Estado, por “contravenir el objeto y fin del tratado y ser contraria a la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos en el hemisferio [...]”. Alegaron que “la razón de ser de este artículo [...] es la de proteger a las víctimas de desaparición forzada de sus agresores -que de acuerdo a la práctica sistemática en los países de América Latina- [...] ha sido realizada

³⁴ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, *supra* nota 274, párr. 113; *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 56, párr. 105, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

por parte de elementos del Ejército. De tal manera que imponer una reserva que permita el juzgamiento de militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas por el fuero militar, es una reserva que debería ser declarada nula [...]”. La Comisión no formuló alegatos al respecto. Por su parte, el Estado cuestionó la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la reserva formulada (*supra* párr. 33).

302. En relación con la facultad de formular reservas, el artículo XIX de la CIDPF dispone que “los Estados podrán formular reservas a esta Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas”.

303. La competencia de la Corte Interamericana para determinar la validez de una reserva, a la luz del citado artículo XIX de la CIDPF, deviene claramente del artículo XIII de dicho instrumento, en relación con el artículo 62 de la Convención Americana, los cuales fijan la facultad de la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CIDPF. Esta potestad jurisdiccional abarca no sólo el análisis de las normas sustantivas, es decir, aquellas que contienen los derechos protegidos, sino también la verificación del cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la interpretación y aplicación del mismo. En este tenor, la Corte ha establecido que las reservas formuladas por los Estados Partes “se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma”³⁵. En sentido similar se ha pronunciado el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁶.

³⁵ *Cfr.* Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 45.

³⁶ Dicho Comité ha señalado que “Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello se debe en parte [...] a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo

Asimismo, en el caso *Belilos Vs. Suiza*, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó su competencia para ejercer el control de validez en materia de reservas³⁷.

304. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que los tratados modernos sobre derechos humanos, como es el caso de la CI-DFF, “no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³⁸. Igual entendimiento han tenido la Corte Internacional de Justicia y el Comité de Derechos Humanos³⁹.

dispuesto en el artículo 40 o una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el derecho internacional en general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico, y el Comité está en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea [...]”. *Cfr.* Observación General No. 24: Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 18.

³⁷ La Corte Europea indicó que: “El silencio del depositario y los Estados contratantes en lo que respecta a las reservas y declaraciones interpretativas contenidas en el instrumento de ratificación de Suiza no priva a los órganos de la Convención de la facultad de hacer su propia valoración (traducción de la Secretaría), *Cfr.* Eur. Ct. H.R., *Case of Belilos v. Switzerland*, Application no. 10328/83, 29 April 1988, párr. 47.

³⁸ *Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29. En igual sentido, *cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *supra* nota 129, párr. 104; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, *supra* nota 133, párr. 51, y *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 40.

³⁹ ICJ, *Reservations to the convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 de mayo de 1951, página 23. C.D.H, Observación General No. 24, *supra* nota 294, párr. 17.

305. Teniendo en cuenta lo anterior, previo al pronunciamiento sobre la supuesta violación del artículo IX de la CIDFP, toca a esta Corte determinar si la reserva formulada por México a dicha disposición satisface los requisitos establecidos en el artículo XIX de tal instrumento, esto es, si aquélla es compatible con el objeto y fin del tratado y si versa sobre disposiciones específicas (*supra* párr. 302). El cumplimiento de estos requisitos no constituye una mera formalidad; es una condición material del tratado que debe ser atendida para garantizar que la reserva formulada no exceda los límites de lo expresamente permitido en el mismo⁴⁰.

306. La Corte observa que la reserva del Estado fue presentada en los siguientes términos:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belem, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

307. En cuanto a su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, el Tribunal advierte que, a través de la reserva, México establece que el fuero de guerra es competente para conocer de un caso de desaparición forzada si el delito es cometido por un militar en servicio. Esto implica referirse a un fuero que para ser aplicado requiere de una calificación personal, no material. No se manifiesta que sea necesario un análisis de los intereses jurídicos detrás del ilícito, ni se toma como punto de referencia la disciplina militar o cualquier otro objetivo jurídico castrense. Asimismo, al añadir una

⁴⁰ Así lo ha considerado la Corte Europea de Derechos Humanos. *Cfr. Case of Belilos v. Switzerland*, *supra* nota 295, párr. 59.

reserva al artículo IX de la CIDFP, el Estado mexicano está estableciendo una regla general sobre la competencia de la jurisdicción penal militar. Como esta Corte ha mencionado⁴¹ la justicia militar es una de carácter excepcional que necesariamente requiere justificación en el caso concreto (*supra* párr. 272).

308. El objeto y fin de un tratado como la CIDFP es la eficaz protección de los derechos humanos por ella reconocidos. En términos de su artículo I, ésta tiene como propósito particular garantizar la efectiva prevención, sanción y supresión de la práctica de la desaparición forzada de personas, evitando sus efectos, esto es, la violación múltiple de derechos humanos. Para ello, dicha Convención ha dispuesto una serie de obligaciones por las cuales los Estados Partes se comprometen a: “a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.

309. Uno de los derechos protegidos en la CIDFP, encaminado a lograr la efectiva sanción de los autores del delito de desaparición forzada, es el del juez natural, indisolublemente ligado al derecho al debido proceso y al de acceso a la justicia, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (*supra* párr. 273), derechos, por demás, inderogables. Así, el artículo IX de la CIDFP, más allá de una regla de competencia, reconoce el derecho al juez natural. Efectivamente, a través de esta disposición, los Estados Partes en la CIDFP se comprometen a respetar el derecho a un juez competente para conocer de la causa penal en torno al delito de desaparición forzada, que es el juez común, ya que, como se dijo, el bien jurídico protegido trasciende los intereses militares (*supra* párr. 275).

⁴¹ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*, *supra* nota 274, párr. 113; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 274, párr. 165, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

310. La Corte ha establecido que “una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico”⁴². Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aún cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado⁴³.

311. Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos⁴⁴,

⁴² Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83, *supra* nota 293, párr. 60.

⁴³ Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83, *supra* nota 293, párr. 61, y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *supra* nota 32, párr. 30.

⁴⁴ Cfr. Resolución sobre las personas desaparecidas y la asistencia a sus familiares, AG/RES. 2513 (XXXIX-O/09), aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2009, puntos Resolutivos cuarto y sexto, en http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2513-2009.doc; Resolución sobre las personas desaparecidas y la asistencia a sus familiares, AG/RES. 2231 (XXXVI-O/06), aprobada por la Asamblea General de la OEA el 6 de junio de 2006, puntos Resolutivos tercero y séptimo, en <http://www.civil-society.oas.org/General%20Assembly%20Resolutions/Sto%20Domingo/Esp/AG%20RES%202231%20spanish.doc>; Resolución sobre el derecho a la verdad, 2005/66, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 20 de abril de 2005, puntos Resolutivos segundo a cuarto, en http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-66.doc; Resolución sobre la cuestión de las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 59/200, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de marzo de 2005, punto Resolutivo 4, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3758.pdf>; Resolución sobre desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2004/40, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos el 19 de abril de 2004, puntos Resolutivos 7.b, 7.c y 7.d, en http://www2.ohchr.org/spanish/issues/disappear/docs/E-CN_4-RES-2004-40.doc;

como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.

* * *

313. Por las razones anteriormente expuestas, la Corte considera que la investigación de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no ha sido diligente, no ha sido asumida en su totalidad como un deber propio del Estado ni ha estado dirigida eficazmente tanto a la identificación, proceso y eventual sanción de todos los responsables como a la determinación del paradero del señor Radilla Pacheco. Asimismo, el Tribunal estima que al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, el Estado ha vulnerado el derecho a un juez natural de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, quienes tampoco dispusieron de un recurso que les permitiera impugnar el juzgamiento de la detención y posterior

Resolución sobre la cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, 2003/38, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos el 23 de abril de 2003, puntos Resolutivos 5.c, 5.d y 5.d, en http://www2.ohchr.org/spanish/issues/disappear/docs/E-CN_4-RES-2003-38.doc.

desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por la jurisdicción militar. Todo ello en detrimento del derecho a conocer la verdad de aquéllos.

314. Por lo anterior, el Tribunal concluye que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y I incisos a) y b), y IX de la CIDFP, así como con los artículos I d) y XIX de la CIDFP⁴⁵. [...]

⁴⁵ *Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 61.*

La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Observación General N° 16
Artículo 3 del Pacto Internacional de
Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
11 de agosto de 2005

INTRODUCCIÓN

1. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los derechos humanos es uno de los principios fundamentales reconocidos por el derecho internacional y recogidos en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege derechos humanos que son fundamentales para la dignidad humana de toda persona. En particular, su artículo 3 prevé la igualdad de derechos del hombre y la mujer al goce de los derechos que enuncia. Esta disposición se basa en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Salvo la referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es también idéntica al artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se redactó al mismo tiempo.

2. En los trabajos preparatorios se dice que el artículo 3 se incluyó en el Pacto, al igual que en el referente a los derechos civiles y políticos, para indicar que, además de prohibir la discriminación, se deben reconocer expresamente esos derechos tanto a la mujer como al hombre, en pie de igualdad, y se deben arbitrar los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos. Además, aunque el artículo 3 constituye hasta cierto punto una repetición del párrafo 2 del artículo 2, no por ello es menos necesario reafirmar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Ese principio fundamental, enunciado en la Carta de las Naciones Unidas, debería ser subrayado constantemente, en especial porque hay todavía muchos prejuicios que constituyen un obstáculo para su plena aplicación¹. A diferencia del artículo 26 del PIDCP, el artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC no son disposiciones autónomas, sino que deben leerse juntamente con cada derecho específico garantizado en la parte III del Pacto.

3. El párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que nos ocupa garantiza la no discriminación fundada, entre otros motivos, en el sexo. Esta disposición, así como la garantía del disfrute por igual de derechos por parte de hombres y mujeres que recoge el artículo 3, están íntimamente relacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente. Además, la eliminación de la discriminación es fundamental para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad.

4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tomado en especial nota de los factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en muchas de sus observaciones generales, incluidas las relativas al derecho a una vivienda adecuada², el derecho a una alimentación adecuada³, el de-

¹ Proyecto de Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Informe de la Tercera Comisión (A/5365), 17 de diciembre de 1962, párr. 85.

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación general N° 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), párr.6; Observación general N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): el desahucio (párr. 10).

³ CDESC, Observación general N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto), párr. 26.

recho a la educación⁴, el derecho al más alto nivel posible de salud⁵ y el derecho al agua⁶. El Comité solicita también sistemáticamente información sobre la igualdad de disfrute por el hombre y la mujer de los derechos garantizados en el Pacto en la lista de cuestiones que prepara en relación con los informes de los Estados Partes y en el curso de su diálogo con éstos.

5. Las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que las asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta. Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación al combinarse los motivos de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, la pertenencia étnica, la presencia de discapacidad, el estado civil, la condición de refugiado o migrante, que agravan la situación de desventaja⁷.

I. EL MARCO CONCEPTUAL

A. La igualdad

6. La esencia del artículo 3 del Pacto es que la mujer y el hombre deben disfrutar en pie de igualdad de los derechos enunciados en él, noción que lleva en sí un sentido sustantivo. Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán en la práctica por igual de los derechos enunciados en el Pacto.

⁴ CDESC, Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto), párr. 3; Observación general N° 13 (1999): El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), párrs. 6 b), 31 y 32.

⁵ CDESC, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto), párrs. 18 a 22.

⁶ CDESC, Observación general N° 15 (2000): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), párrs. 13 y 14.

⁷ Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación general N° XXV (2000): Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género.

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

8. La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres.

9. Según el artículo 3, los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad *en la ley y ante la ley*. El legislador en el desempeño de su función ha de respetar el principio de igualdad en la ley, velando por que la legislación promueva el disfrute por igual de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres. En cuanto al principio de igualdad ante la ley, habrá de ser respetado por los órganos administrativos y jurisdiccionales, con la conclusión de que dichos órganos deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres.

B. No discriminación

10. El principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad. A reserva de lo que se indica en el párrafo 15 *infra* sobre medidas especiales de carácter temporal, prohíbe tratar de manera diferente a una persona o grupo de personas a causa de su estado o situación particulares, como la raza, el color, el sexo, el

idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otras condiciones como la edad, la pertenencia étnica, la discapacidad, el estado civil y la situación de refugiado o migrante.

11. Constituye discriminación contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera”⁸. La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre.

12. Se produce discriminación directa cuando la diferencia de trato se funda directa y expresamente en distinciones basadas de manera exclusiva en el sexo y en características del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente.

13. Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla.

14. El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del

⁸ Véase el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad.

C. Medidas especiales provisionales

15. Los principios de igualdad y no discriminación por sí solos no siempre garantizan una auténtica igualdad. La necesidad de situar a personas, o grupos de personas desfavorecidos o marginados, al mismo nivel sustantivo que los demás puede exigir en ocasiones medidas especiales provisionales que miran, no sólo a la realización de la igualdad formal o *de jure*, sino también a la igualdad *de facto* o sustantiva entre hombres y mujeres. Sin embargo, la aplicación del principio de igualdad requiere que los Estados tomen en ocasiones medidas en favor de la mujer, con objeto de mitigar o suprimir las condiciones que han provocado la persistencia de la discriminación. En tanto en cuanto estas medidas sean necesarias para rectificar una discriminación *de facto* y finalicen cuando se consiga la igualdad *de facto*, la diferencia de trato es legítima⁹.

II. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

A. Obligaciones jurídicas de carácter general

16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es obligatoria e inmediatamente aplicable para los Estados Partes¹⁰.

⁹ Sin embargo, como excepción a este principio general, razones que concurren específicamente en un candidato masculino pueden inclinar la balanza a su favor, lo cual ha de evaluarse objetivamente y teniendo en cuenta todos los criterios pertinentes para cada uno de los candidatos. Se trata de un imperativo derivado del principio de la proporcionalidad.

¹⁰ PDESC, Observación general N° 3 (1990): La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 2, art. 2).

17. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que sucede con todos los derechos humanos, impone a los Estados Partes obligaciones a tres niveles: respetar, proteger y cumplir. La obligación de cumplir incluye a su vez obligaciones consistentes en proporcionar, promover y facilitar¹¹. El artículo 3 establece un nivel no derogable de cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes especificadas en los artículos 6 a 15 del Pacto.

B. Obligaciones jurídicas específicas

1. Obligación de respetar

18. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de actos discriminatorios que directa o indirectamente tengan como resultado la denegación de la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Respetar el derecho obliga a los Estados Partes a no aprobar y a derogar las leyes y a rescindir las políticas, las disposiciones administrativas y los programas que no están conformes con el derecho protegido en el artículo 3. En particular, incumbe a los Estados Partes tener en cuenta la manera en que la aplicación de normas y principios jurídicos aparentemente neutrales en lo que se refiere al género tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad.

2. Obligación de proteger

19. La obligación de proteger exige que los Estados Partes tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de los prejuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer. La obligación

¹¹ De acuerdo con las Observaciones generales Nos. 12 y 13 del PDESC, la obligación de cumplir lleva en sí el deber de facilitar y el de proporcionar. En la presente observación general, la obligación de cumplir incluye también el deber de promover la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

de los Estados Partes de proteger el derecho enunciado en el artículo 3 del Pacto comprende, entre otras cosas, el respeto y la aprobación de disposiciones constitucionales y legislativas sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer a disfrutar de todos los derechos humanos y la prohibición de toda clase de discriminación, la aprobación de instrumentos legislativos que eliminen la discriminación e impidan a terceros perturbar directa o indirectamente el disfrute de este derecho, la adopción de medidas administrativas y programas, así como el establecimiento de instituciones públicas, organismos y programas para proteger a la mujer contra la discriminación.

20. Los Estados Partes tienen la obligación de supervisar y reglamentar la conducta de los agentes no estatales de manera que éstos no violen la igualdad de derechos del hombre y la mujer a disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta obligación se aplica, por ejemplo, cuando los servicios públicos han sido total o parcialmente privatizados.

3. *Obligación de cumplir*

21. En virtud de la obligación de cumplir, los Estados deben tomar medidas con objeto de que, en la práctica, el hombre y la mujer disfruten de sus derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad. Estas disposiciones deben comprender:

- Hacer accesibles y asequibles los remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención.
- Establecer cauces adecuados para la reparación, tales como tribunales o mecanismos administrativos a los que todos tengan acceso en pie de igualdad, sobre todo los hombres y mujeres más pobres, desfavorecidos y marginados.
- Crear mecanismos de control con objeto de que la aplicación de normas y principios orientados a promover el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres en condiciones de igualdad no tenga efectos perjudiciales no deseados en individuos o grupos desfavorecidos o marginados y, en especial, sobre mujeres y niñas.

- Elaborar y poner en práctica políticas y programas para el ejercicio a largo plazo de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de hombres y mujeres en pie de igualdad. Pueden incluirse en este apartado la adopción de medidas especiales provisionales a fin de acelerar el disfrute en pie de igualdad por parte de las mujeres, el análisis de los progresos realizados en la aplicación de normas sobre la igualdad de géneros y la asignación de recursos fundada en consideraciones de género.
- Poner en práctica programas de educación y formación en materia de derechos humanos para jueces y funcionarios públicos.
- Poner en práctica programas de concienciación y capacitación sobre la igualdad, destinados a los trabajadores que se dedican a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel de base.
- Integrar en la enseñanza académica y extraacadémica el principio de la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y promover la igualdad de participación del hombre y la mujer, así como de niños y niñas, en los programas de educación escolar y de otra índole.
- Promover la igualdad de representación del hombre y la mujer en la administración pública y en los órganos decisorios.
- Promover la igualdad de participación del hombre y la mujer en la planificación del desarrollo y la adopción de decisiones, así como en los beneficios del desarrollo y en todos los programas orientados al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

C. Ejemplos concretos de obligaciones de los Estados Partes

22. El artículo 3 recoge una obligación que se aplica de manera general a todos los derechos contenidos en los artículos 6 a 15 del Pacto. Requiere atender a los prejuicios sociales y culturales en materia de género, estipular la igualdad en la asignación de recursos y promover la participación en las obligaciones de la familia, la comunidad y la vida pública. Los ejemplos indicados en los párrafos siguientes pueden tomarse como guía sobre la aplicación del principio del artículo 3 en otros derechos del Pacto, pero no pretenden ser exhaustivos.

23. El párrafo 1 del artículo 6 del Pacto obliga a los Estados a garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido u aceptado

y a adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de este derecho. La aplicación del artículo 3, en relación con el artículo 6, requiere, entre otras cosas, que los hombres y las mujeres tengan en la ley y en la práctica igualdad de acceso al empleo y a todas las ocupaciones, y que los programas de orientación y formación profesionales, en los sectores público y privado, proporcionen a los hombres y a las mujeres las aptitudes, la información y los conocimientos necesarios para que todos ellos puedan beneficiarse por igual del derecho al trabajo.

24. Según el apartado a) del artículo 7 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y garantizar en particular un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor. El artículo 3, leído juntamente con el artículo 7, obliga asimismo a los Estados Partes a identificar y eliminar las causas subyacentes de las diferencias de remuneración, como la evaluación del empleo según el género o la idea preconcebida de que existen diferencias de productividad entre el hombre y la mujer. Además, el Estado Parte debe supervisar el cumplimiento por el sector privado de la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo mediante una inspección del trabajo que funcione eficazmente. El Estado Parte debe adoptar medidas legislativas que prescriban la igualdad del hombre y la mujer en lo relativo a la promoción, la retribución no salarial, la igualdad de oportunidades y el apoyo al desarrollo vocacional y profesional en el lugar del trabajo. Por último, el Estado Parte debe reducir las limitaciones que encuentran hombres y mujeres para armonizar las obligaciones profesionales y familiares, promoviendo políticas adecuadas para el cuidado de los niños y la atención de los miembros de la familia dependientes.

25. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 8 del Pacto obliga a los Estados Partes a garantizar el derecho de toda persona a formar sindicatos y afiliarse al de su elección. Según el artículo 3, leído juntamente con el artículo 8, se permitiría a los hombres y las mujeres que funden asociaciones profesionales para tender a sus problemas específicos. A este respecto, debería prestarse particular atención a los trabajadores domésticos, a las mujeres de las zonas rurales, a las

mujeres que trabajan en industrias predominantemente femeninas y a las mujeres que trabajan en el hogar, que a menudo se ven privadas de este derecho.

26. El artículo 9 del Pacto obliga a los Estados Partes a reconocer el derecho de toda persona a la protección social y, en particular, a la seguridad social y a la igualdad de acceso a los servicios sociales. El artículo 3, leído en relación con el artículo 9, obliga, en particular, a igualar la edad obligatoria de jubilación para hombres y mujeres, a velar por que las mujeres perciban la misma prestación de los sistemas públicos y privados de pensiones y a garantizar individualmente el derecho a la licencia de paternidad o maternidad y la licencia compartida por ambos.

27. Según el apartado 1) del artículo 10 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer la necesidad de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles y que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. El artículo 3, leído juntamente con el artículo 10, obliga a los Estados Partes, en particular, a proporcionar a las víctimas de violencia en el hogar, que son principalmente mujeres, el acceso a un alojamiento seguro, así como a los oportunos remedios y recursos y a la reparación de los daños y perjuicios de orden físico, mental y moral, a cuidar de que los hombres y las mujeres tengan igualdad de derechos a la hora de contraer libremente matrimonio; en especial, la mayoría de edad para contraer matrimonio debe ser la misma para hombres y mujeres, los menores de ambos sexos deben estar protegidos por igual frente a las prácticas que fomentan el matrimonio infantil, el matrimonio por procuración o el matrimonio forzado, y debe garantizarse la igualdad de derechos de las mujeres a la propiedad conyugal y a heredar en caso de fallecimiento del marido. La violencia de género constituye una forma de discriminación que va en menoscabo de la aptitud para disfrutar de los derechos y libertades y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad. Los Estados Partes deben tomar disposiciones apropiadas par eliminar la violencia contra hombres y mujeres y actuarán con la diligencia debida para prevenir, investigar, mediar,

castigar y obtener reparación por los actos de violencia cometidos contra ellos por actores privados.

28. Según el artículo 11 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, lo que incluye una vivienda adecuada (párr. 1) y una alimentación adecuada (párr. 2). Según el artículo 3, leído juntamente con el párrafo 1 del artículo 11, la mujer debe tener derecho de propiedad, usufructo u otra forma de intervención sobre la vivienda, la tierra y los bienes en plena igualdad con el hombre y acceder a los recursos necesarios a tal efecto. La aplicación del artículo 3, juntamente con el párrafo 2 del artículo 11, supone que los Estados Partes han de velar en particular por que las mujeres tengan acceso o control sobre los medios de producción de alimentos y a combatir las prácticas consuetudinarias, en cuya virtud no se permite a la mujer comer hasta que los hombres hayan terminado su comida o sólo se le permite ingerir alimentos menos nutritivos¹².

29. El artículo 12 del Pacto obliga a los Estados Partes a tomar medidas para el pleno ejercicio del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Según el artículo 3, leído juntamente con el artículo 12, deben eliminarse los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí en particular el análisis de las formas en que las funciones asignadas a ambos géneros afectan al acceso a condiciones de base de la salud, como el agua y la alimentación, la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva, la prohibición de la mutilación genital femenina y la formación adecuada del personal que se ocupa de los problemas de salud de la mujer¹³.

30. Según el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a la educación; según el apartado a) del párrafo 2, la enseñanza primaria debe ser

¹² En el párrafo 26 de la Observación general N° 12 del PDESC se analizan otros ejemplos de obligaciones y posibles infracciones del artículo 3 en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 11.

¹³ Observación general N° 14 del PDESC, párrs. 18 a 21.

obligatoria y disponible para todos gratuitamente. La aplicación del artículo 3, juntamente con el artículo 13, exige en particular la adopción de normas y principios que proporcionen los mismos criterios de admisión para niños y niñas en todos los niveles de la educación. Los Estados Partes velarán, en particular mediante campañas de mentalización e información, por que las familias desistan de dar un trato preferente a los muchachos cuando envíen a sus hijos a la escuela, así como por que los planes de estudio fomenten la igualdad y la no discriminación. Los Estados Partes deben crear condiciones favorables para seguridad de los menores, en particular del sexo femenino, al ir y volver de la escuela.

31. A tenor de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y a disfrutar de los beneficios del progreso científico. La aplicación del artículo 3, leído juntamente con los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 15, exige, en particular, superar los obstáculos de tipo institucional y de otra índole, tales como los basados en tradiciones culturales y religiosas, que impiden la participación plena de la mujer en la vida cultural y en la educación e investigación científicas, así como dedicar recursos a la investigación de las necesidades sanitarias y económicas de la mujer en condiciones de igualdad con las del hombre.

III. APLICACIÓN EN EL PLANO NACIONAL

A. Políticas y estrategias

32. La manera más adecuada de hacer efectivo el derecho previsto en el artículo 3 del Pacto variará de un Estado a otro. Cada Estado Parte tiene un margen discrecional a la hora de adoptar los métodos para cumplir su obligación primordial e inmediata de garantizar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer al goce de todos sus derechos económicos, sociales y culturales. Entre otras cosas, los Estados Partes debe integrar en los planes nacionales de acción a favor de los derechos humanos estrategias adecuadas para garantizar la igualdad de derechos del hombre y la mujer al goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

33. Estas estrategias se deben fundar en la determinación sistemática de políticas, programas y actividades adecuados a la situación y el contexto reinantes en el Estado, según se desprende del contenido normativo del artículo 3 del Pacto y se especifica en relación con el nivel y la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes a que se refieren los párrafos 16 a 21 *supra*. En esa estrategia se debe prestar atención en particular a la eliminación de la discriminación en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

34. Los Estados Partes deben reexaminar periódicamente la legislación, las políticas, las estrategias y los programas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, y adoptarán los cambios necesarios para que aquéllos estén acordes con las obligaciones resultantes del artículo 3 del Pacto.

35. Puede ser necesario adoptar medidas especiales provisionales para acelerar el igual disfrute por la mujer de todos los derechos económicos, sociales y culturales y para mejorar la posición *de facto* de la mujer¹⁴. Las medidas especiales provisionales se deben distinguir de las medidas de política y de las estrategias permanentes adoptadas para lograr la igualdad del hombre y la mujer.

36. Se alienta a los Estados a que adopten medidas especiales provisionales para acelerar el logro de la igualdad entre el hombre y la mujer en el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. Tales medidas no deben considerarse discriminatorias en sí mismas, ya que se basan en la obligación del Estado de eliminar las desventajas causadas por las leyes, tradiciones y prácticas discriminatorias, pasadas y presentes. La índole, duración y aplicación de tales medidas deben determinarse teniendo en cuenta la cuestión y el contexto específicos y deben reajustarse cuando las circunstancias lo requieran. Los resultados de esas medidas deberían supervisarse para in-

¹⁴ Véase a este respecto la Recomendación general N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Observación general N° 13 del PDESC y los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

terrumpir éstas cuando se hayan alcanzado los objetivos para los que se adoptaron.

37. El derecho de las personas y los grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan influir en su desarrollo debe ser parte integrante de todo programa, política o actividad concebidos para que el Gobierno cumpla sus obligaciones en virtud del artículo 3 del Pacto.

B. Remedios y responsabilidad

38. Las políticas y estrategias nacionales deben prever el establecimiento de mecanismos e instituciones eficaces, en caso de que no existan, con inclusión de autoridades administrativas, mediadores y otros órganos nacionales en materia de derechos humanos, así como tribunales. Todos estos órganos deben investigar y examinar las presuntas infracciones del artículo 3 y ofrecer remedios apropiados. En cuanto a los Estados Partes, deben velar por que dichos remedios se apliquen efectivamente.

C. Indicadores y bases de referencia

39. En las estrategias y políticas nacionales se deben establecer indicadores y bases de referencia apropiados en relación con el derecho al goce por el hombre y la mujer en pie de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales, con objeto de supervisar eficazmente el cumplimiento por el Estado Parte de las obligaciones resultantes a este respecto del Pacto. Se necesitan estadísticas desglosadas, con calendarios específicos, para medir el ejercicio progresivo, en su caso, de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de hombres y mujeres.

IV. VIOLACIONES

40. Los Estados Partes deben cumplir su obligación inmediata y primordial de garantizar la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

41. El principio de igualdad del hombre y la mujer es fundamental para el disfrute de cada uno de los derechos específicos enumerados en el Pacto. La omisión del deber de garantizar la igualdad

de fondo y de forma en el disfrute de cada uno de esos derechos constituye una violación del derecho respectivo. El disfrute en condiciones de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales exige la eliminación de la discriminación *de jure* y *de facto*. La omisión del deber de adoptar, aplicar y vigilar los efectos de las leyes, políticas y programas orientados a eliminar la discriminación *de jure* y *de facto* en lo que respecta a cada uno de los derechos enumerados en los artículos 6 a 15 del Pacto constituye una violación de los mismos.

42. La violación de los derechos contenidos en el Pacto puede producirse por la acción directa, la inacción u omisión de los Estados Partes o de sus instituciones u organismos en los planos nacional y local. La adopción y aplicación de medidas regresivas que afecten a la igualdad del derecho del hombre y la mujer en cuanto al disfrute de todos los derechos enunciados en el Pacto constituye una violación del artículo 3.

Discriminación racial en razón del empleo

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe N° 66/06
Caso 12.001, Fondo
Simone André Diniz c. Brasil
21 de octubre de 2006

I. RESUMEN

1. Los días 7 y 10 de octubre de 1997, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Subcomisión del Negro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados del Brasil (OAB/SP) y el Instituto del Negro Padre Batista, presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión” o “la CIDH”) una petición contra la República Federativa del Brasil (en adelante, “Brasil” o “el Estado”). En la referida petición se denuncia la violación de los artículos 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o “la Convención Americana”) y, en función del artículo 29 del mismo instrumento, de los artículos 1, 2(a), 5(a) (I) y 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, “la Convención sobre Discriminación Racial”), en perjuicio de la Sra. Simone André Diniz.

2. Los peticionarios alegan que el Estado no garantizó el pleno derecho a la justicia y al debido proceso, no condujo debidamente los recursos internos para determinar la discriminación racial sufrida por la Sra. Simone André Diniz y, con ello, incumplió la

obligación de garantizar el ejercicio de los derechos previstos en la Convención Americana.

3. El Estado brindó informaciones alegando que el Poder Judicial ya había emitido sentencia sobre el asunto objeto de la presente denuncia y que, de acuerdo con el Gobierno, el caso presentado no configuraba violación alguna de los derechos humanos.

4. La Comisión llega a la conclusión de que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la igualdad ante la ley, a la protección judicial y a las garantías judiciales consagrados respectivamente en los artículos 24, 8 y 25 de la Convención Americana. La Comisión determina igualmente que el Estado violó la obligación de adoptar disposiciones del derecho interno en los términos del artículo 2 de la Convención Americana y violó también la obligación que impone el artículo 1. 1 de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. Por último, la CIDH formula las recomendaciones pertinentes al Estado. [...]

IV. ANÁLISIS SOBRE LOS MÉRITOS

A. Hechos establecidos

26. Del análisis de los elementos de convicción disponibles y de los pronunciamientos de las partes y de los documentos presentados, la Comisión da por establecidos los hechos siguientes:

27. El 2 de marzo de 1997, la Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva, hizo publicar, en la sección de Clasificados del periódico A Folha de São Paulo, el siguiente anuncio: *“Se precisa empleada doméstica con cama, con experiencia, para tareas de rutina y cuidado de niños, con documentación y referencias; de preferencia blanca, sin hijos, soltera y mayor de 21 años. Gisele.”*

28. La Sra. Simone André Diniz, de tez negra, para presentarse a la vacante anunciada, llamó al teléfono que se indicaba en el anuncio, habiendo sido atendida por una colega de trabajo de Aparecida Gisele Mota da Silva, de nombre María Tereza, que le preguntó cuál era el color de su piel. Al responder que era negra, la Sra. Simone André Diniz fue informada de que no llenaba los requisitos que exigía el cargo.

29. La Sra. Simone André Diniz, al sentirse víctima de racismo por el color de su piel, denunció el hecho ante la Comisaría de Investigaciones de Delitos Raciales el día 2 de marzo de 1997.

30. La indagatoria policial fue iniciada con el número 10. 541/97-4, para determinar si había habido práctica de delito de racismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 7716/89 que dispone: *“practicar, inducir o incitar, por medio de la comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o el prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. Pena: reclusión de 2 a 5 años y multa.”*

31. En la indagatoria policial se escuchó a Simone André Diniz declarar que había tomado conocimiento del anuncio cuando buscaba empleo en los clasificados del periódico “A Folha de São Paulo” y habiendo llamado por teléfono al número indicado, fue rechazada para el trabajo en razón de ser negra, conforme al tenor de la declaración que se transcribe a continuación:

Debidamente intimada, la víctima declara a fojas 06, que buscaba empleo cuando una amiga suya encontró el anuncio –fojas 04 de autos- demostrando indignación. Que llamó por teléfono al número anunciado, oportunidad en que le solicitaron que informara sobre el color de su piel. Que al responder ser negra, tuvo como respuesta que no llenaba los requisitos para el cargo.

32. En el expediente de la misma indagatoria policial, fue oída su colega Paula Ribeiro da Silva que confirmó que ambas estaban buscando empleo y que Simone llamó por teléfono al número anunciado y que la persona que la atendió, de nombre María, le informó que las candidatas negras no podían competir para la vacante anunciada, según la declaración que se transcribe a continuación:

...que se encontraba junto con su amiga Simone, consultando los clasificados del periódico “A Folha de São Paulo” cuando observó un anuncio para un cargo de empleada DOMESTICA, en el que se decía –preferencia blanca. Que su amiga llamó por teléfono y fue consultada sobre el color de su piel, y al informar que era negra se le respondió que no llenaba los requisitos para el cargo⁷.

⁷ Informe de la Investigación Policial No. 10.541/97-4, preparado por el Comisario de Policía Roberto Krasovic que actuó en nombre de la Comisaría de Delitos Raciales.

33. La Sra. Gisele Silva también brindó declaración confirmando haber hecho publicar el anuncio en que se buscaba una empleada doméstica de preferencia blanca. Declaró que la preferencia era en razón del hecho de haber tenido una empleada doméstica negra que había maltratado a sus hijos.

34. El marido de Gisele Silva, Jorge Hnório da Silva, también brindó declaración confirmando las declaraciones de su esposa, Gisele Silva.

35. El informe final de la indagación policial fue enviado al Ministerio Público el 19 de marzo de 1997.

36. El Ministerio Público del Estado de São Paulo, el 2 de abril de 1997, emitió su opinión disponiendo el archivo del caso por falta de fundamento para formular la denuncia.

37. El Juez del Departamento de Investigaciones Policiales, el 7 de abril del 1997, recibió y adoptó como fundamento de su decisión el pronunciamiento del Ministerio Público, determinando el archivo de las actuaciones.

B. Análisis de la responsabilidad internacional del Estado por el acto practicado

38. La Comisión desearía en primer lugar pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado en relación con los hechos aquí analizados.

39. En la jurisdicción internacional, las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna⁸. Fundada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁹, en el caso presente, la Comisión tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual entre particulares, pero sí para establecer la responsabilidad internacional del Estado

⁸ Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C. No. 49, párr. 47.

⁹ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110, párr. 73. Ver también Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C, No. 49, párr. 47.

en razón de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8. 1, 24 y 25 de la Convención Americana.

40. Como lo subrayó la propia Corte¹⁰ el derecho internacional de derechos humanos tiene por finalidad proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente ante el Estado y ante todos los que actúen en su nombre. Es principio básico del derecho internacional de derechos humanos que todo Estado es internacionalmente responsable de cualquier acto u omisión de alguno de sus poderes u órganos en violación de derechos internacionalmente consagrados.

41. En una relación entre particulares, es preciso tener en cuenta que existe una obligación de respetar los derechos humanos entre particulares. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, viene explicando la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros (*erga omnes*) señalando que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención¹¹.

¹⁰ Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 181. Serie C. No. 109.

¹¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 172.

42. La Corte también dejó en claro que esa obligación de respetar y garantizar los derechos humanos ante terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar porque en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos¹².

43. Por lo tanto, aunque el presente caso trate de una relación entre particulares – concretamente, entre Simone André Diniz y Aparecida Gisele Mota da Silva- el Estado tenía la obligación de velar porque en esa relación se respetasen los derechos humanos de las partes a fin de prevenir que ocurra una violación y, en la eventualidad de haberla, debía procurar diligentemente investigar, procesar y sancionar al violador en los términos requeridos por la Convención Americana.

C. Análisis del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación

1. Breve resumen sobre la situación racial del Brasil

44. La Comisión quisiera comenzar citando sus propias conclusiones en relación con la situación de los afrobrasileros, de la que tomó conocimiento en ocasión de su visita a Brasil en 1995. En el curso de la misma, la Comisión fue informada de que en Brasil, en términos generales, los afrobrasileros se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y particularmente en una situación de diferencia de poder en relación con la población blanca. Persisten todavía hoy diferencias que se alejan de una igualdad mínima aceptable, discriminaciones que se traducen en muchos casos en modalidades atentatorias de los derechos humanos, especialmente la igualdad y la no discriminación del derecho a la dignidad¹³.

¹² Corte I.D.H., OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 147, publicada el 17 de septiembre de 2003, Serie A. No. 18

¹³ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, Capítulo IX, A, OEA/Ser.L/V/ii.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997.

45. En un contexto persistente de profunda desigualdad estructural que afecta a los afrobrasileros¹⁴, la investigación realizada por el IPEA demostró la sobrerrepresentación de la pobreza entre los negros brasileros, en una concentración que se ha mantenido estable a lo largo del tiempo¹⁵. De acuerdo con la investigación, en 1999, los negros representaban el 45% de la población del país, pero correspondían al 64% de la población pobre y al 68% de la población indigente. Según concluyó la investigación, “nacer negro en el Brasil está relacionado con una mayor probabilidad de crecer pobre.”

46. En el área de la educación, en todas las regiones del Brasil, el analfabetismo entre los negros es, por lejos, más alto que entre los blancos¹⁶. Según datos del IBGE de 1999, el 21% de la población afrodescendiente era analfabeta, frente al 8% de la población blanca. Entretanto, si se considera la alfabetización funcional, definida por la UNESCO como el dominio de la lectura, la escritura, la matemática y las ciencias, equivalente, como mínimo, a la educación hasta el cuarto año de primaria, el 22,7% de los blancos y el 41% de los afrodescendientes son funcionalmente analfabetos en el Brasil.

47. Datos sobre la mortalidad infantil demuestran que por cada grupo de 1.000 niños negros o mestizos, 62 no vivían hasta la edad de un año, en tanto la tasa de mortalidad de los niños blancos, en un grupo de 1.000, era de 37¹⁷.

48. Investigaciones sobre el sistema penal judicial brasileño¹⁸ dan cuenta del acceso diferencial de blancos y negros a la justicia penal. En la ciudad de San Pablo, que en 1980 contaba con una población blanca de 72,1% y negra (negros y mestizos) de 24,6%, había una mayor proporción de reos negros condenados (68,8%)

¹⁴ CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Brazil. 12/03/2004, párr. 12 CERD/C/64/CO/2.

¹⁵ IPEA – Instituto de Investigación Económica aplicada, Texto para discusión N 807, Desigualdad racial en Brasil – Evolución de las condiciones de vida en la década de los 90, Ricardo Henriques, 2001.

¹⁶ CERD, Informe sobre Brasil, CERD/C/431/Add.8, párr. 233.

¹⁷ IBGE PNAD, 1996.

¹⁸ *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*, Sergio Adorno, 1995.

que de reos blancos (59,4%), en virtud de haber cometido el mismo delito. El sobreesimiento favorecía preferencialmente a los blancos (37,5%), en comparación con los negros, (31,2%).

49. De la misma manera, los reos negros condenados están proporcionalmente mucho más representados que su participación en la distribución racial de la población en el Municipio de San Pablo. No ocurre lo mismo cuando se trata de reos blancos. En este caso, la proporción de condenados blancos es inferior a la participación de esa etnia en la composición racial de la misma población. La investigación concluyó que ese contexto “sugiere una cierta “afinidad electiva” entre raza y penalización. ”

50. Por otro lado, la violencia policial de Brasil victimiza desproporcionadamente a negros y mulatos. La Comisión tomó conocimiento de que, en Brasil¹⁹, el perfil racial determina un elevado número de detenciones ilegales y que la población negra es más vigilada y abordada por el sistema policial, siendo este tema objeto de recomendación de la Comisión, no sólo en el informe general sobre el país sino también en el informe de mérito²⁰.

51. En efecto, de acuerdo con otro relevamiento²¹, quedó de manifiesto que “en Río de Janeiro, el perfil de la mayoría de los niños y adolescentes asesinados, en un conjunto de 265 investigaciones, es de pobre, sexo masculino, negro y mulato”. En otra investigación realizada por el ISER²², se comprobó que “la incidencia de la raza en el uso de la fuerza policial letal tal vez sea la fuente de violación más grave de los derechos humanos en Brasil”.

¹⁹ *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Afrobrasileros*, presentado en el 114º período de sesiones de la CIDH

²⁰ Ver nota 14*supra*, Capítulo IX y CIDH, Informe de Fondo N° 23/03, Néri da Fonseca. aprobado en el 117º período de sesiones de la CIDH.

²¹ IBASE.

²² Instituto Superior de Estudios de la Religión, Cano, Ignacio: En la investigación se evalúan datos que incluyen todos los incidentes de la ciudad de Río de Janeiro entre enero de 1993 y julio de 1996, en los que civiles resultaron muertos y heridos por armas de fuego en enfrentamientos con la policía. Las víctimas son clasificadas por las fuentes oficiales en tres categorías: blanco, mulato y negro. El estudio demostró que los civiles mulatos y negros son objeto de acción policial fatal con mucho más frecuencia que sus porcentajes en la población total.

52. Tras evaluar más de 1.000 homicidios cometidos por la policía de Río de Janeiro entre 1993 y 1996, el informe concluye que la raza constituye un factor que incide en la policía –sea conscientemente o no- cuando tira a matar. Cuanto más oscura es la piel de la persona, más susceptible es de ser víctima de violencia fatal por parte de la policía. ” Terminó diciendo que la violencia policial es discriminatoria pues alcanza en mayor número y con mayor violencia a los negros. En efecto, en su informe al CERD, el Gobierno del Brasil reconoció el carácter letal de la acción policial en el país cuando la víctima no era blanca²³.

53. La desigualdad en el mercado de trabajo también alcanza a la población afrobrasileira. Para los sociólogos, el empleo es visto como el mejor indicador del análisis social. Según Telles²⁴, el concepto de desigualdad racial a través del análisis del empleo puede ser definido como una ventaja o desventaja que un grupo tiene sobre otro en una escala de tipos de ocupación.

54. Según la investigación realizada por el INSPiR²⁵, que recogió información sobre salarios de trabajadores en seis áreas metropolitanas del país, los salarios de los trabajadores negros son sistemáticamente menores que los de los trabajadores no negros. De acuerdo con la investigación, ello es resultado de una combinación de factores, tales como la entrada precoz al mercado de trabajo, la colocación de trabajadores negros en los sectores menos dinámicos de la economía, la desproporción en el número de negros que son empleados en cargos informales y que no exigen mucha calificación.

55. Por otro lado, la investigación del IBGE de 1999 demostraba que 5,7% de la población blanca empleada ocupaba cargos de empleadores contra 1,3% de negros y 2,1% de mestizos. Asimismo, 5,7% de la población blanca empleada ocupaba cargos de empleado doméstico contra 13,4% de negros y 8,4% de mestizos²⁶.

²³ Ver nota 17suprapárr.

²⁴ Telles, Edward –*Racismo á Brasileira*, Uma Nova Perspectiva Sociológica, 2003, pág. 236, pág. 204.

²⁵ Ver nota 17suprapárr. 246.

²⁶ *Ibid.* IBGE, *Sintese dos Indicadores Sociais*, 1999.

56. En otra investigación realizada sobre la práctica discriminatoria en el mercado de trabajo, dos aspectos llamaron la atención²⁷) la discriminación racial era una práctica permanente y cotidiana que garantizaba privilegios económicos y simbólicos para trabajadores blancos, y 2) la integración no local del trabajo no era obstaculizada por los negros, sino por los blancos que obstaculizaban la entrada y la movilidad de aquellos en el mercado de trabajo.

57. En relación con la discriminación en la contratación, la misma investigación comprobó que “la discriminación fue referida en la contratación y selección de personal en todos los tipos de trabajo, sea entre empleadas domésticas, servicios generales o trabajadores profesionales. Según testimonios recogidos durante la investigación, se indicó que la identidad racial era evaluada en la admisión, no obstante esa práctica no fuese oficial”.

58. Para ilustrar la situación, en dos denuncias de discriminación racial en la contratación, a través de anuncios de empleo publicados por el periódico *A Folha de São Paulo*, la fiscalía pública pidió el archivo de las investigaciones. En el primero caso, se buscaba una asistente administrativa “rubia o japonesa, con buena presencia”. Las partes involucradas negaron responsabilidad por el anuncio, lo que fue aceptado por el Ministerio Público. En el segundo caso, se procuraba un joven “con experiencia y blanco”. En este caso, el Ministerio Público estableció que el anuncio era discriminatorio pero no determinó cuál de las partes era responsable por el mismo, por lo cual se decidió su archivo²⁸.

59. En otro caso de discriminación en la contratación ocurrido también en São Paulo en 1994, el anuncio enviado al periódico pedía un abogado que poseyese “buena presencia”. La investigación no fue capaz de identificar a la persona de la empresa del estudio de

²⁷ Race in Contemporary Brazil – From Indifference to Inequality, Edited by Rebecca Reichmann, The Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, *Silente Conflict: Discriminatory Practices*, Maria Aparecida Silva Bento, p. 144.

²⁸ Racusen, Seth, “A Mulato cannot be Prejudiced”: *The Legal Construction of Racial Discrimination in Contemporary Brazil*. Junio 2002, p. 288. Denuncias de Geledes – Instituto da Mulher Negra ao autor da obra citada.

abogados que hizo circular el anuncio. Además, la empresa argumentó que, como no habían admitido ningún abogado que hubiera respondido al anuncio, no había cometido delito alguno. Por esta razón, el Ministerio Público sugirió el archivo de las actuaciones.

2. Evolución del ordenamiento jurídico antirracismo en Brasil

60. La Comisión sabe que la condición de vulnerabilidad de los afrobrasileros tiene una dimensión histórica que se mantiene por cuestiones de hecho, como la que ocurrió, por ejemplo, con Simone André Diniz, y que lleva al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los derechos básicos, como el acceso a la justicia, el derecho a la educación, al trabajo, etc.

61. La Comisión reconoce que el Brasil, atento a esa realidad y al incumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia²⁹, construyó un ordenamiento jurídico en materia de protección y garantías contra el prejuicio y la discriminación raciales, como es el caso de la penalización de dicha práctica³⁰.

62. Para tener una idea de la evolución jurídica de la penalización del racismo en el Brasil, el Gobierno, ya en la segunda mitad del siglo XX, promulgó la Ley No 1390/51, conocida como la Ley Afonso Arinos, que tipificaba la práctica del prejuicio por el color o la raza como contravención penal, o sea, delito de menor potencial ofensivo, sancionado con pena de detención (máximo de un año) y multa.

63. Aunque fuera el primer estatuto jurídico que penalizara al racismo, según los estudiosos del asunto³¹, la ley producía efectos

²⁹ Brasil ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU en que, sus artículos 2º d, 4º y 5º, los Estados se obligan a prohibir y eliminar la discriminación racial.

³⁰ A este propósito, la Comisión quisiera dejar en claro que la penalización de la práctica del racismo y de la discriminación racial es una forma eficaz de combatir este tipo de violación de los derechos humanos y está en concordancia con el artículo 2 de la Convención Americana y con los artículos 2º y 4º de la Convención Internacional contra el Racismo, así como con los párrafos 66, 84 y 89 del Programa de Acción de Durban.

³¹ Delitos resultantes de la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. León Fredja Szklarowsky, publicado en la Revista Jurídica *Jus Navegandi*.

meramente simbólicos por tratar la materia como contravención, con penas reducidas que no inhibían la práctica del delito. Además, en sus casi 38 años de existencia, fue casi letra muerta y su inaplicabilidad no respondía a la inexistencia de casos concretos de racismo, ni a la negativa de las posibles víctimas a denunciar los casos, sino, sobre todo, a las imperfecciones técnicas de la propia ley que, por ser enumerativa, no abarcaba toda la diversidad de las conductas racistas³².

64. Finalmente, al estatuir como contravención prácticas derivadas del prejuicio de raza o de color, limitaba el alcance de la ley, cubriendo sólo actos que limitaba e impedía explícitamente el derecho de ir y venir del ciudadano en razón del prejuicio de color o raza.

65. Además, ya en aquella época, en los casos de análisis de situaciones de racismo, en general, los tribunales no caracterizaban la contravención, opinando que se trataba de malentendidos.

66. Para ilustrar esa afirmación, podemos destacar un caso del Tribunal de alzada paulista, que absolvió a un reo acusado de haber prohibido la entrada de un estudiante negro a un club con el argumento de no haberse configurado la infracción o contravención penal, tratándose de un malentendido entre él y la dirección del club³³. En la decisión se aducía que se trataba de una persona extraña en la ciudad, que no se identificó como componente de una caravana estudiantil. Estaba en causa la interpretación del artículo 4º de la Ley 1390/51: negar la entrada de alguien, por prejuicio de raza o de color, en un establecimiento público de diversiones o de deportes.

67. Posteriormente, la Constitución de 1998 estableció una distinción de este delito en sede propia, entre los derechos y deberes individuales y colectivos, en el título dedicado a los Derechos y Garantías Fundamentales, artículo 5º, XLII, en que el racismo pasó a ser considerado delito y, por su gravedad, no sujeto a fianza (la

³² *O crime de racismo na legislação penal brasileira passado, presente e futuro*. Eliezer Gomes da Silva e Ivonei Sfoggia.

³³ Información extraída del artículo *Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. Leon Fredja Szklarowsky, publicado en *Revista Jurídica Jus Navegandi*.

prisión no podrá ser atenuada a favor del delincuente) e imprescriptible (la pena es perenne, no quedando el Estado impedido de sancionar en cualquier oportunidad al autor del delito), sujeto a pena de reclusión. El Brasil también incluyó en el artículo 4º, inciso VIII de su Constitución Federal el repudio al terrorismo y al racismo como principio que rige sus relaciones internacionales.

68. Como consecuencia de este status constitucional de represión de la práctica del racismo, se promulgó la Ley No 7716/89³⁴, que reglamentó y definió los delitos resultantes del prejuicio de raza y de color. Este Ley fue posteriormente modificada por las Leyes Nos. 8081/90, 8882/94 y 9459/97 que ampliaron su objeto, para perfeccionar artículos, suprimir otros e incluir la sanción de delitos resultantes de discriminación o prejuicio de etnia, religión u origen nacional.

69. La Ley 9459/97, particularmente, modificó el artículo 20 de la Ley 7716/89 para establecer como delito la práctica, inducción o incitación de la discriminación o el prejuicio y determinar que la práctica a través de medios de comunicación social agravaría el delito. Además, modificó el artículo 140 del Código Penal a efectos de incluir la figura penal de injuria racista que sancionaba la injuria consistente en la utilización de elementos referentes a la raza, el color, la etnia, la religión o el origen.

3. Problemas en la aplicación de la Ley Antirracismo en Brasil

70. No obstante la evolución penal en lo que atañe al combate a la discriminación racial en Brasil, la Comisión tiene conocimiento de que la impunidad es todavía la tónica en los delitos raciales. Cuando publicó el informe sobre la situación de los derechos humanos en el país, la Comisión señaló a la atención la difícil aplicación de la Ley 7716/89 y cómo la justicia del Brasil tendía a ser condescendiente con la práctica de discriminación racial y que difícilmente condenaba a un blanco por discriminación³⁵. En

³⁴ Más conocida en Brasil como Ley CAO, en referencia a su autor, el Diputado Carlos Alberto de Oliveira.

³⁵ Ver nota 14 *supra* párr. 26.

efecto, un análisis del racismo a través del poder judicial podría llevar a la falsa impresión de que en Brasil no ocurren prácticas discriminatorias.

71. También el Comité que fiscaliza la Convención de la ONU sobre Discriminación Racial, en sus indagaciones finales en relación con el informe presentado por Brasil, dejó en claro su preocupación por la divulgada incidencia de delitos discriminatorios y la inaplicabilidad de la legislación interna para combatir los delitos raciales.

72. En esa oportunidad, el Comité recomendó al Estado brasileño que recogiese datos estadísticos sobre investigaciones abiertas y sanciones impuestas, a la vez que recomendó que el Gobierno mejorase los programas de adiestramiento y concientización sobre la existencia y el tratamiento de los delitos raciales por parte de las personas que participan en la administración de justicia, incluyendo a los jueces, fiscales, abogados y policías³⁶.

73. Los peticionarios señalan que la mayoría de las denuncias de delitos de prejuicio y discriminación racial no se convierten en procesos penales y de los pocos procesados, un número ínfimo de perpetradores de los delitos es condenado.

74. Inclusive en el caso de *São Paulo*, donde existía una comisaría para delitos raciales, los delitos no eran todos investigados ni las denuncias eran procesadas. En la práctica, la falta de una investigación diligente, imparcial y efectiva, la discrecionalidad de la fiscalía pública para formular la denuncia y tipificar el delito, que exige que el autor, después de la práctica del acto discriminatorio, declare expresamente que su conducta fue motivada por razones de discriminación racial, son todos ellos factores que contribuyen a la denegación de justicia en el caso de delitos raciales y a la impunidad.

75. En otra investigación realizada, de 300 Informes de Casos analizados, entre 1951 y 1997, en las ciudades de Río de Janeiro, Sao Paulo, Salvador y Porto Alegre, sólo 150 fueron considerados como delitos por los funcionarios policiales, llegando a la etapa de

³⁶ Ver nota 15 *supra* párr. 18.

la indagatoria policial. De ellos, sólo 40 fueron remitidos por el Ministerio Público para una acción penal contra el discriminador, y de ellos sólo nueve –cinco en Sao Paulo y cuatro en *Río Grande do Sul*- llegaron a juicio³⁷.

76. Según Telles, la impunidad en los casos de racismo refleja la fragilidad de la legislación específica, la ineficacia del sistema de justicia penal de Brasil y la mala voluntad de los representantes de la justicia para analizarlos.

En primer lugar, para condenar a alguien por racismo, las leyes antirracismo brasileras exigen que el acusado haya actuado con intención racista. Además, los tribunales demuestran falta de seriedad para tratar este tipo de delitos. Los jueces evitan imponer las pesadas sentencias establecidas por la Constitución a los culpables de delitos de racismo. Los jueces y fiscales, así como los demás miembros de la sociedad brasileras, consideran los supuestos incidentes de racismo como algo inocuo y no están dispuestos a colocar tras las rejas a los infractores por un tipo de comportamiento que es común en la sociedad brasileras³⁸.

77. Desde 1995, la Comisión ha recibido información que ya daba cuenta de la ineficacia de la ley antirracismo de Brasil, dado su laconismo, que revelaba un segregacionismo, que no reflejaba el racismo existente en el Brasil, y la resistencia de los miembros del poder judicial a aplicarla. De acuerdo con esa información, la Comisión puede identificar por lo menos tres causas para la ineficacia de la aplicación de la Ley 7716/89 en el Brasil, como se indica a continuación.

Necesidad de probar odio racial o intención de discriminar

78. Según conclusiones de la Comisión, la Ley 7716, “no representó un avance efectivo en el campo de la discriminación racial, ya que es excesivamente evasiva y lacónica y exige, para que se tipifique

³⁷ Racismo Cordial, Hedio Silva.

³⁸ Telles, Edward –*Racismo á Brasileira*, Uma Nova Perspectiva Sociologica, 2003, p. 264.

*el crimen de racismo, que la persona, después de practicar el acto racial discriminatorio, diga expresamente que su conducta estuvo motivada por razones de discriminación racial*³⁹. Si no lo hiciera, sería su palabra contra la del discriminado.

79. Racusen⁴⁰ examinó sistemáticamente varias denuncias de racismo y discriminación racial en el Brasil y, según él, los jueces brasileros requieren prueba directa de tratamiento desigual en el que el acto discriminatorio, no solamente ofende a alguien en base a su raza, sino que también demuestra la motivación discriminatoria. Por consiguiente, en una eventual acción penal, la mayoría de los jueces requerían la comprobación de tres elementos 1) prueba directa del acto discriminatorio, 2) prueba directa de la discriminación del ofensor al ofendido, y 3) prueba de la relación de causalidad entre aquellas.

80. Para el autor, la exigencia de todos estos elementos para la comprobación del acto racista, representa una norma “probatoria” muy rigurosa, difícil de alcanzar. En consecuencia, el ofensor podría replicar cualquiera de estos tres elementos argumentando no ser una persona prejuiciosa, no tener una visión prejuiciosa del ofendido o que esa visión no constituyó la motivación. Al contrario de inferir la causalidad del orden cronológico en que ocurrieron los hechos o la lógica, los jueces brasileros generalmente examinan el comentario discriminatorio del ofensor de manera restringida y requieren prueba directa de la causalidad.

81. Contextualizando esa práctica legal, comprobó que la Ley 7716/89 heredó de la Ley Afonso Arinos el concepto de discriminación racial como un “prejuicio de raza o de color” que exige, para su comprobación, la práctica explícita de racismo y la intención del ofensor de discriminar a la víctima⁴¹.

³⁹ Ver nota 14*supra*, párr.13. (resaltado del autor).

⁴⁰ Racusen, Seth, “*A Mulato cannot be Prejudiced*”. *The Legal Constrution of Racial Discrimination in Contemporary Brazil. June 2002*, pág. 93.

⁴¹ artículo publicado por el periódico A Folha de São Paulo, el 23 de agosto de 1998, Seção Sao Paulo.Declaración formulada por Carlos Moura, Secretario Ejecutivo del GTI (Grupo de Trabajo Interministerial de Valorización de la Población Negra (órgano creado por el Gobierno Federal del Brasil)

82. También según Racusen⁴², la ley no define el prejuicio. Los brasileros a veces usan los términos prejuicio, discriminación, racismo y desigualdad en forma intercambiable. El prejuicio tiene múltiples significados en Brasil: odio, intolerancia, ideas preconcebidas sobre otra persona y desprecio verbal. La expresión de odio, como un delito explícito de odio de grupos de inspiración nazi, es la forma más fácil de prejuicio analizado por los jueces. Pero la idea de prejuicio también se refiere a maltrato velado por un perpetrador que actúa en base a ideas preconcebidas, lo que es un tipo muy diferente de prejuicio y difícil de ser asimilado por los tribunales brasileros.

83. Esa norma aplicada por el Poder Judicial brasilerero llevó inclusive al Gobierno del país a afirmar ante el CERD que existen decisiones que no sancionan la discriminación racial en razón de falta o insuficiencia de pruebas o fraude doloso, lo que se considera elemento subjetivo del delito. Por último, exige que el “odio racial” sea probado, una tarea difícil de llevar a cabo⁴³.

Racismo institucional

84. La Comisión sabe que el racismo institucional es un obstáculo a la aplicabilidad de la ley antirracismo en el Brasil. “De la prueba testimonial, pasando por la indagatoria policial a la decisión de la justicia, existe prejuicio contra el negro. Los tres niveles son incapaces de reconocer el racismo contra el negro”⁴⁴.

85. Según informaron los peticionarios, este tratamiento desigual que se da a los delitos raciales en el país, sea en la etapa de investigación, sea en la judicial, refleja la distinción con que los funcionarios judiciales y policiales tratan las denuncias de casos

⁴² Racusen, Seth, “*A Mulato cannot be Prejudiced*”. *The Legal Constrution of Racial Discrimination in Contemporary Brazil*. June 2002, pág 31.

⁴³ Ver nota 17 *supra* párr. 172.

⁴⁴ artículo publicado por el periódico A Folha de São Paulo, el 23 de agosto de 1998, Seção Sao Paulo. Declaración formulada por Carlos Moura, Secretario Ejecutivo del GTI (Grupo de Trabajo Interministerial de Valorización de la Población Negra (órgano creado por el Gobierno Federal del Brasil).

de discriminación racial, pues la mayoría de las veces en que reciben estas denuncias alegan ausencia de tipificación del delito y dificultad para probar la intencionalidad discriminatoria, toda vez que el perpetrador niega que quiso discriminar a la víctima, como factores para no procesar la denuncia.

86. Se pretende también minimizar la actitud del agresor, haciendo parecer que todo no pasó de un malentendido. Pocos o rarísimos casos son denunciados, y, entre estos, la mayoría queda detenida en la comisaría, donde los funcionarios policiales minimizan la acción del acusado, entendiendo el caso como simple broma o malentendido. De las denuncias que llegan a pasar a la etapa de investigación, muchas son caracterizadas como un mero insulto⁴⁵.

87. Esa práctica tiene el efecto de constituirse en discriminación indirecta en la medida en que impide el reconocimiento del derecho de un ciudadano negro a no ser discriminado y el ejercicio o goce del derecho de ese mismo ciudadano a acceder a la justicia para que se repare la violación. Además, esa práctica tiene un efecto negativo en la población afrodescendiente en términos generales. Fue eso precisamente lo que ocurrió con Simone André Diniz, cuando procuró la tutela judicial para que se reparase la violación de que fue víctima.

88. Según Telles⁴⁶, el racismo consciente y explícito, en la forma de insultos raciales, a pesar de condenables, son menos importante para el mantenimiento de la desigualdad racial que las sutiles prácticas individuales e institucionales, comúnmente caracterizadas como “racismo institucional”. También de acuerdo con el autor, estas prácticas, en Brasil derivan de una forma de pensar que naturaliza la jerarquía racial y probablemente causan más daño que los menos comunes y más divulgados insultos raciales.

Desclasificación del racismo como insulto genérico o racista

89. El autor de un insulto racista en el Brasil, en la mayoría de los casos, queda impune. Según abogados de organizaciones afro-

⁴⁵ *O Racismo no Brasil – Uma Análise do Desenvolvimento Histórico do Tema e da eficácia da Lei como Instrumento de Combate a Discriminação Racial*. Claudia Margarida Ribas Marinho.

⁴⁶ Ver nota 25*supra*, pág. 236.

brasileras, el hecho de que el insulto racista no esté encuadrado en la Ley 7716/89, crea un obstáculo en la administración de justicia pues el insulto, según el Código Penal brasileiro, es delito de acción privada y depende de la iniciativa de la víctima para ser iniciado. Por su parte, la mayoría de las víctimas de racismo en el Brasil es pobre y no tiene cómo contratar abogados⁴⁷.

90. Según Racusen⁴⁸, durante el período 1993 a 1995, la Comisaría Especializada en Delitos Raciales de San Pablo clasificó como delitos de injuria el 75% de las reclamaciones recibidas en la Comisaría y solo 18% de las quejas fueron clasificadas de acuerdo con la Ley 7716. De las alegaciones clasificadas como injurias, el 20% fueron investigadas y el 3% dieron lugar a un proceso judicial. Según Racusen, una alegación de insulto era nueve veces más improbable de llegar a un tribunal brasileiro que una clasificada como discriminación racial.

91. La organización CEAP, que actúa en Río de Janeiro, informó que la mayoría de las denuncias de discriminación racial recibidas en aquella ciudad por la organización, fueron clasificadas como insultos⁴⁹.

92. Las razones antes señaladas, que sirven de filtro para el procesamiento de eventuales denuncias de racismo, sea por vía de la Ley 7716/89, sea por vía del artículo 140 del Código Penal, llevó al gobierno brasileiro a informar al CERD que la jurisprudencia brasileira es incongruente y heterogénea en torno a la cuestión de la discriminación racial⁵⁰. En efecto, existen decisiones que no sancionan la discriminación racial en razón de falta o insuficiencia de pruebas o de fraude doloso, lo que se considera elemento subjetivo del delito. En último término, requiere que el “odio racial” sea probado, tarea difícil de lograr.

⁴⁷ artículo publicado por el periódico *Folha de Sao Paulo*, el 23 de agosto de 1998, Seção Sao Paulo. Declaraciones de los coordinadores de Geledes y de la Iglesia.

⁴⁸ Ver nota 29 *supra*, pág. 227.

⁴⁹ *Ibid*, pág. 174.

⁵⁰ Ver nota 17 *supra* párr. 172.

93. En relación con las desclasificaciones de la discriminación racial y el insulto racista, el gobierno brasileiro, en su informe al CERD, informó a los miembros de este Comité que:

No obstante el hecho de que la Ley 7716/89, al penalizar actos derivados de discriminación basada en la raza o en el color, representó un claro avance, una de las mayores críticas al texto se centra en el hecho de que la misma no incluyó en su definición de los actos considerados delictivos los delitos que involucran difamación de naturaleza discriminatoria. Al no incluir dentro de la Ley 7716 actos difamatorios fundados en discriminación racial (insultos, actos de denigración, abuso verbal), estos eran finalmente clasificados legalmente, no como racismo, sino como difamación en sentido general (es decir, insulto, calumnia). Sin embargo, mientras que el racismo es punible con pena de prisión de uno a 5 años, la calumnia se sanciona con pena de prisión de seis meses. Además, los delitos de difamación son iniciados sólo a través de una acción penal particular (cuya prescripción es de seis meses), mientras que los delitos de racismo son iniciados por vía de la acción penal pública. En cuanto a la prescripción, mientras el racismo es imprescriptible, los delitos de difamación prescriben dentro de un corto período de tiempo (dos años en el caso de difamación o calumnia)⁵¹.

94. Inclusive con la posterior creación de la figura penal del insulto racista⁵², la que asocia elementos como raza, color, etnia, religión u origen, el gobierno va más lejos y señala que, aunque la ley haya hecho la distinción entre el insulto genérico y el insulto basado en discriminación (por raza, color, origen, etnia o religión), confiriendo a este una pena más rigurosa, la ley sigue siendo más frágil que el tratamiento prescripto para los delitos de racismo dispuestos en la Ley 7716/89, aparte de que, por ser ese delito procesable sólo por acción privada, cuando un tipo de conducta particular pasa de considerarse racismo a difamación, la víctima se ve obligada a iniciar una acción dentro de un breve plazo de seis meses, lo que lleva a que el delito no sea castigado⁵³.

⁵¹ Ver nota 17*supra*párr. 58.

⁵² Ley que enmendó la Ley 7716/89 y agregó la figura del insulto racista en el Código Penal Brasileiro.

⁵³ Ver nota 17*supra*párr. 173.

4. *Violación del derecho de Simone André Diniz a la igualdad y a la no discriminación*

95. Según los peticionarios, el archivo de la denuncia hecha por Simone André Diniz representa una situación generalizada de desigualdad en el acceso a la justicia y de impunidad en los casos de denuncia de delitos con motivación racial. En efecto, esa circunstancia revelaría la ineficacia de la Ley 7716/89 toda vez que esta no ha sido aplicada por las autoridades brasileras y genera en Brasil una situación de desigualdad en el acceso a la justicia para quienes son víctimas de prejuicio racial o de racismo.

96. Esos factores, según los peticionarios, y los datos antes indicados, han dado lugar a la suspensión de investigaciones, a investigaciones parciales y al archivo de indagatorias por falta de fundamentos para una denuncia.

97. La Comisión ya determinó que toda víctima de violación de los derechos humanos debe tener garantizada una investigación diligente e imparcial y, existiendo indicios de autoría del delito, el inicio de la acción pertinente para que el juez competente, en el marco de un proceso justo, determine si ha habido o no delito, como ocurre con todo delito que se lleva a examen de la autoridad pública.

98. Al no ocurrir eso con las denuncias de discriminación racial formuladas por personas afrodescendientes en Brasil, el Estado viola flagrantemente el principio de igualdad consagrado en la Declaración y Convención Americanas, al que se obligó a respetar, y que determinan que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley.

99. En primer lugar, la Comisión entiende que excluir a una persona del acceso al mercado de trabajo por su raza constituye un acto de discriminación racial. Al respecto, la Comisión toma nota de que el artículo 1 de la ICERD dispone que *“la expresión discriminación racial apunta a alguna distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la raza, el color, la ascendencia en el origen nacional o étnico, que tenga como objetivo o como efecto destruir o comprometer el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de*

los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en los campos político, económico, social y cultural o en cualquier otro campo de la vida pública.”

100. Si el Estado permite que dicha conducta permanezca impune, convalidándola implícitamente o prestando su aquiescencia, entiende la CIDH que se viola el artículo 24 de la Convención Americana, conjuntamente con el artículo 1(1). La igual protección ante la ley exige que toda manifestación de práctica racista sea diligentemente tratada por las autoridades judiciales.

101. En el caso concreto de Simone André Diniz, existía un anuncio publicitario que la excluía, por su condición racial, de un trabajo. Al presentar la denuncia, las autoridades judiciales procedieron a su archivo, a pesar de que la propia autora confirmó su publicación.

102. El archivo ocurrido no fue un hecho aislado en la justicia brasilera y la Comisión da por probado que refleja un perfil de comportamiento de las autoridades brasileras explicitado cuando se ven ante una denuncia de práctica de racismo.

103. Por otro lado, el archivo automático de denuncias de racismo impide la apreciación por el Poder Judicial de la ocurrencia o no de dolo. Como quedó demostrado anteriormente, la ausencia de la motivación racial ha llevado a la inaplicabilidad de la Ley 7716/89, sea por archivo automático de las denuncias en la etapa de investigación, sea por sentencias absolutorias. El archivo de la indagatoria policial fue justamente la hipótesis del caso en análisis. El hecho de que Gisela Silva haya declarado en la indagatoria policial que no tenía la intención de discriminar racialmente o que tenía motivos para preferir una empleada blanca, no autorizaba el archivo del hecho, debiendo la defensa, sobre la falta de motivación racial, haber sido argüida y analizada por el juez competente en el marco de un proceso penal regular.

104. El Estado brasilero se comprometió a respetar y garantizar los derechos humanos de todos los que viven bajo su jurisdicción, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, según lo entendió la Corte Interamericana:

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁵⁴.

105. Por otro lado, la Corte Interamericana estableció que:

El artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1. 1 “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”⁵⁵.

106. Por consiguiente, los Estados deben asegurar en su ordenamiento jurídico interno que toda persona tenga acceso a un recurso simple y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, sin discriminación.

107. La Comisión señala a la atención del Estado que la omisión de las autoridades públicas de efectuar un procesamiento penal diligente y adecuado de los autores de discriminación racial y racismo crea el riesgo de producir, no sólo un racismo institucional, en que el Poder Judicial es visto por la comunidad afrodescendiente como un poder racista, sino que también resulta grave por el efecto que tiene sobre la sociedad, en la medida en que la impunidad estimula la práctica de racismo.

108. La Comisión quisiera concluir señalando que es de fundamental importancia estimular una conciencia jurídica capaz de tornar efectivo el combate a la discriminación racial y al racismo,

⁵⁴ Corte I.D.H., OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 104, publicada el 17 de septiembre de 2003.

⁵⁵ Corte I.D.H., OC 17/02, 28 de agosto de 2002, Serie A, No 17, párr.44 y OC 4/84, 19 de enero de 1984, Serie A No 4, párr. 54.

pues el poder judicial de un país debe ser un sistema de uso eficaz, por cuanto es un instrumento imprescindible de control y combate de la discriminación racial y del racismo.

109. En razón del tratamiento desigual conferido a la denuncia de racismo y discriminación racial formulada por Simone André Diniz por parte de las autoridades brasileras, revelador de una práctica generalizada discriminatoria en el análisis de estos delitos, la Comisión concluye que el Estado violó el artículo 24 de la Convención Americana en perjuicio de Simone André Diniz.

D. Análisis del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial [...]

El derecho a la intimidad, sus limitaciones y su erosión como consecuencia de la política Antiterrorista

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre la promoción y la
protección de los derechos humanos y las libertades
fundamentales en la lucha contra el terrorismo,
28 de diciembre de 2009. A/HRC/13/37
El derecho a la intimidad

[...] EL DERECHO A LA INTIMIDAD

A. El derecho a la intimidad en su forma reconocida en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos

11. La intimidad es un derecho humano fundamental que se define como la presunción de que el individuo debe tener una esfera de desarrollo autónomo, interacción y libertad, una “esfera privada” con o sin relación con otras y libre de la intervención del Estado y de la intervención excesiva no solicitada de otros individuos no invitados⁵. El derecho a la intimidad ha evolucionado en dos direcciones diferentes. Los instrumentos universales de derechos humanos se han centrado en la dimensión negativa del derecho a la intimidad, prohibiendo toda injerencia arbitraria en la vida pri-

⁵ Lord Lester y D. Pannick (eds.), *Human Rights Law and Practice* (Londres, Butterworth, 2004), párr. 4.82.

vada, la familia, el domicilio o la correspondencia⁶, aunque algunos instrumentos regionales y nacionales han incluido también una dimensión positiva: toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia⁷, o el derecho al reconocimiento y respeto de su propia dignidad e integridad personal o buena reputación⁸. Aunque las constituciones no siempre mencionan directamente la intimidad como derecho específico, prácticamente todos los Estados reconocen su valor como materia de importancia constitucional. En algunos países el derecho a la intimidad deriva por extensión del abuso de confianza, el derecho a la libertad, la libertad de expresión o el derecho a las debidas garantías procesales. En otros países el derecho a la intimidad surge como un valor religioso. Por consiguiente, el derecho a la intimidad no es solo un derecho humano fundamental sino también un derecho humano que sirve de apoyo a otros derechos humanos y forma la base de toda sociedad democrática.

12. La capacidad del Estado de desarrollar sistemas de registro aumentó con el desarrollo de la tecnología de la información. El aumento de la capacidad informática permitió formas inimaginables de reunir, almacenar e intercambiar datos personales. Se desarrollaron principios internacionales de protección de datos fundamentales, entre los que figuraba la obligación de: obtener la información personal por procedimientos legales y justos; limitar el ámbito de su uso a los fines inicialmente especificados; asegurar un tratamiento adecuado, pertinente y no excesivo; garantizar su exactitud; mantenerla en seguridad; suprimirla cuando deja de ser

⁶ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17); la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 14); y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16).

⁷ Véase el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 8) y la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (A/45/421-S/21797, art. 18), 5 de agosto de 1990.

⁸ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 11). Véase también la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África (art. 4.3) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 5).

necesaria y garantizar al individuo el derecho de acceder a los datos sobre su persona y a solicitar las correcciones oportunas⁹. En su Observación general N° 16 el Comité de Derechos Humanos proporcionó indicaciones claras en el sentido de que esos principios se encerraban en el derecho a la intimidad¹⁰, pero la protección de datos surge también como un derecho humano o fundamental distinto. Algunos países han recogido la protección de datos incluso como derecho constitucional, subrayando de esta manera su importancia como elemento de la sociedad democrática. Cabe citar aquí como ejemplo de las mejores prácticas el texto detallado del artículo 35 de la Constitución de Portugal de 1976.

13. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto. Cuando un individuo está siendo formalmente investigado o examinado por un organismo de seguridad, la información personal se distribuye entre los organismos de seguridad por motivos derivados de la lucha contra el terrorismo y el derecho a intimidad se ve casi automáticamente afectado. Se trata de situaciones en las que los Estados tienen el poder legítimo de limitar el derecho a la intimidad de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos. No obstante, la lucha contra el terrorismo no es un comodín que legitime automáticamente toda injerencia en el derecho a la intimidad. Cada caso de injerencia debe ser objeto de una evaluación crítica.

B. Limitaciones admisibles del derecho a la intimidad

14. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la disposición convencional de obligado cumplimiento más importante del derecho humano a la intimidad a nivel univer-

⁹ Véase la Convención para la Protección de las Personas respecto de la computadorización de datos personales (N° 108), 1981, del Consejo de Europa; las Directrices sobre la protección de la intimidad y de los flujos transfronterizos de datos personales (1980) de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; y los Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales (resolución 45/95 de la Asamblea General y E/CN.4/1990/72).

¹⁰ Observación general N° 16 (1988) del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho al respeto de la intimidad familiar, el domicilio y la correspondencia y a la protección de la honra y la reputación (art. 17).

sal. El Pacto ha sido ratificado por 165 Estados y firmado por otros 6¹¹. El artículo 4 del Pacto permite a los Estados partes suspender el cumplimiento de algunas de sus disposiciones, incluido el artículo 17. Estas suspensiones solo podrán hacerse durante un estado de excepción que ponga en peligro la vida de la nación y están sometidas a varias condiciones¹². A lo largo de los más de treinta años transcurridos desde la entrada en vigor del Pacto en 1976, menos de diez Estados partes han introducido un estado de excepción por motivo de actos o amenazas de terrorismo¹³. Cuatro de ellos han previsto en el mismo contexto suspender la aplicación del artículo 17 del Pacto¹⁴. Otros ocho han anunciado la suspensión del artículo 17 sin una referencia explícita al terrorismo caomo causa del estado de excepción¹⁵. Sin embargo, los anuncios en cuestión han sido más bien genéricos, en vez de especificar, como exige el artículo 4, las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación¹⁶. En general, no hay un solo Estado que haya tratado de suspender la aplicación del artículo 17 con referencia al terrorismo y que haya podido demostrar el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 4. Además, solo un Estado ha anunciado la suspensión del Pacto con referencia a la amenaza actual (relacionada con los sucesos del 11

¹¹ Al 16 de noviembre de 2009. Los seis países cuya firma no ha sido seguida de la ratificación son China, Cuba, Guinea-Bissau, Nauru, Panamá y San Marino.

¹² En cuanto a la postura del órgano competente de supervisión de tratados sobre el ámbito y efecto de las suspensiones, véase la Observación general N° 29 (2001) del Comité de Derechos Humanos.

¹³ Azerbaiyán, Chile, Colombia, El Salvador, Federación de Rusia, Israel, Nepal, Perú y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

¹⁴ Colombia, El Salvador, Federación de Rusia y Nepal.

¹⁵ Argelia, Armenia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, República Bolivariana de Venezuela, Serbia y Montenegro y Sri Lanka. En algunos de estos casos puede haber habido un nexo factual con el terrorismo, aunque no se mencionaba en el anuncio de la introducción del estado de excepción.

¹⁶ Por ejemplo, al tratar de suspender la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, muchos Estados latinoamericanos han notificado claramente que se “suspenderá la aplicación” de algunas disposiciones del Pacto específicamente citadas. Ello no se ajusta a las exigencias del artículo 4, como se explica en la Observación general N° 29.

de septiembre de 2001) del terrorismo internacional¹⁷. La situación es similar con respecto a las reservas al artículo 17. Aunque el derecho internacional permite generalmente a los Estados introducir reservas a los tratados de derechos humanos, siempre que esas reservas no sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado¹⁸, solamente un Estado parte ha presentado una reserva al artículo 17¹⁹.

15. Parece por consiguiente que los Estados han recurrido solo en contadas ocasiones a los mecanismos reconocidos y disponibles en el derecho internacional en general y en el Pacto en particular para introducir excepciones unilaterales al derecho a la intimidad. Incluso en los casos en que se ha anunciado la suspensión de la aplicación del artículo 17, las denuncias han sido genéricas, en vez de hacer referencia a medidas prácticas y a formas específicas de suspensión. Para el Relator Especial esa práctica de los Estados demuestra que en general los Estados parecen satisfechos de que el marco del artículo 17 sea lo bastante flexible para permitir la introducción de las restricciones necesarias, legítimas y proporcionadas del derecho a la intimidad por medio de limitaciones admisibles, incluso en los casos de respuesta al terrorismo. El Relator Especial apoya esta opinión. La redacción del artículo 17 ofrece a los Estados partes la posibilidad de introducir restricciones o limitaciones de los derechos reconocidos en la disposición, incluso el derecho a la intimidad. Por consiguiente, esas restricciones y limitaciones estarán sometidas a las funciones de supervisión del Comité de Derechos Humanos como órgano convencional encargado de la tarea de interpretar las disposiciones del Pacto y dirigir la conducta de los Estados partes en lo que respecta a sus obligaciones convencionales. Los mecanismos principales para el ejercicio de esas funciones

¹⁷ El Reino Unido, el 18 de diciembre de 2001. Las suspensiones no incluían el artículo 17 y fueron suprimidas el 15 de marzo de 2005.

¹⁸ En cuanto a la postura del órgano competente de supervisión de tratados con respecto a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos, véase la Observación general N° 24 (2004) del Comité de Derechos Humanos.

¹⁹ Liechtenstein mantiene una reserva sobre el ámbito del derecho al respeto de la vida familiar en relación con los extranjeros.

son el procedimiento de presentación obligatoria de informes previsto en el artículo 40 del Pacto y para los 113 Estados que han ratificado el primer Protocolo Facultativo del mismo, el procedimiento de comunicaciones individuales.

16. El artículo 17 del Pacto prohíbe las injerencias “arbitrarias o ilegales” en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, así como los “ataques ilegales” a la honra y reputación de una persona. Cabe comparar este texto con la formulación de otras disposiciones como el párrafo 3 del artículo 12, el párrafo 3 del artículo 18, el párrafo 3 del artículo 19, el artículo 21 y el párrafo 2 del artículo 22, que describen los elementos de prueba de la admisibilidad de las limitaciones. En su forma más precisa esta prueba se describe en el artículo 21 y en el párrafo 3 del artículo 22 y consta de los tres elementos siguientes: a) las restricciones deben estar expresamente fijadas por la ley; b) deben ser necesarias en una sociedad democrática; y c) deben ser en interés de uno de los objetivos legítimos enumerados en cada una de las disposiciones que contiene una cláusula limitativa.

17. El Relator Especial considera que pese a las diferencias de redacción, el artículo 17 del Pacto debe ser interpretado en el sentido de que contiene los elementos mencionados de prueba de la admisibilidad de la limitación. Las restricciones no prescritas por la ley son “ilegales” en el sentido del artículo 17, y las restricciones que distan de ser necesarias o no responden a un objetivo legítimo constituyen una injerencia “arbitraria” en los derechos previstos por el artículo 17. Por consiguiente, las limitaciones del derecho a la intimidad o de otras dimensiones del artículo 17 están sometidas a una prueba de admisibilidad, como establece el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 27 (1999). Esa observación general hace referencia a la libertad de circulación (art. 12) que es una de las disposiciones que contiene una cláusula limitativa. Al mismo tiempo, codifica la postura del Comité de Derechos Humanos en la materia de las limitaciones admisibles a los derechos previstos por el Pacto. La prueba de la admisibilidad de las limitaciones, en los términos expresados en la observación general, incluye, entre otros, los elementos siguientes:

- a) Las restricciones deben estar previstas por la ley (párrs. 11 y 12);
- b) Las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (párr. 13);
- c) Las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (párr. 11);
- d) El poder discrecional de aplicación de las restricciones no debe ser ilimitado (párr. 13);
- e) Para que una restricción sea admisible no basta con que se utilice para conseguir fines legítimos; debe ser necesaria para lograrlos (párr. 14);
- f) Las medidas restrictivas deben respetar el principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para conseguir su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y deben guardar proporción con el interés que se debe proteger (párrs. 14 y 15);
- g) Las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos consagrados en el Pacto (párr. 18)²⁰.

18. El Relator Especial opina que estas consideraciones son también aplicables al artículo 17 del Pacto en tanto que interpretaciones de las nociones de “ilegalidad” y “arbitrariedad”. No obstante, la diferencia realmente importante de redacción entre el artículo 17 y las disposiciones del Pacto que introducen explícitamente una prueba de admisibilidad de las limitaciones reside en la ausencia de una lista exhaustiva de objetivos legítimos en el artículo 17. El Relator Especial pide aquí a los Estados que justifiquen la razón de que un objetivo particular constituya una justificación legítima de la imposición de restricciones al artículo 17, y al Comité de Derechos Humanos que continúe supervisando las medidas adoptadas por los Estados partes, en particular a través del examen de los informes periódicos y de las comunicaciones individuales.

19. A juicio del Relator Especial, el Comité de Derechos Humanos debería redactar y aprobar una nueva observación general sobre el artículo 17, en sustitución de la actual Observación general N° 16 (1988). La observación general existente es muy breve y no

²⁰ Véase la Observación general N° 27 (1999) del Comité de Derechos Humanos.

refleja el grueso de la práctica del Comité durante los más de 20 años transcurridos desde su aprobación. Sin embargo, muchos de los elementos de una cláusula limitativa adecuada, presentados en los párrafos anteriores a la luz de la posterior Observación general N° 27, existían ya en 1988²¹. En su jurisprudencia posterior en el marco del Protocolo Facultativo, el Comité ha insistido en que la injerencia en los derechos previstos en el artículo 17 debe satisfacer simultáneamente varias condiciones: debe estar prevista por la ley, debe estar de acuerdo con las disposiciones, fines y objetivos del Pacto y debe ser razonable en las circunstancias particulares del caso²². Además, en su determinación de las violaciones del artículo 17 el Comité ha aplicado los requisitos del objetivo legítimo, la necesidad y la proporcionalidad²³.

C. Erosión del derecho a la intimidad como consecuencia de la política Antiterrorista

20. Al examinar la política antiterrorista actual, los Estados suelen sostener que existen dos nuevas dinámicas que es preciso analizar paralelamente a la protección de la intimidad. En primer lugar, los Estados pretenden que su capacidad de prevenir e investigar actos terroristas va estrechamente unida al aumento de los poderes de vigilancia. En consecuencia, la mayoría de las leyes antiterroristas promulgadas desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 se han centrado en ampliar el poder de vigilancia de los gobiernos. En segundo lugar, los Estados sostienen que al ser el terrorismo una actividad mundial, la búsqueda de terroristas debe realizarse también más allá de las fronteras nacionales, con ayuda de terceras partes que dispongan de información abundante sobre ciertos individuos, que se pueda utilizar como recurso para identifi-

²¹ Véase la Observación general N° 16 (1988) del Comité de Derechos Humanos. Véanse, en particular, los párrafos 3 y 4 que se extienden sobre las nociones de injerencia arbitraria o ilegal en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²² Véase la comunicación N° 903/1999, 2004, *Van Hulst c. los Países Bajos*.

²³ Véase *Madafferi c. Australia*, comunicación N° 1011/2001, 2004, y *M. G. c. Alemania*, comunicación N° 1482/2006, 2008.

car y vigilar a terroristas sospechosos. Los Estados que anteriormente carecían de salvaguardias constitucionales o legislativas han podido transformar radicalmente sus poderes de vigilancia con escasas limitaciones. En los países que disponen de salvaguardias constitucionales y legales, los gobiernos han puesto en peligro la protección del derecho a la intimidad al no extender esas salvaguardias a su cooperación con terceros países y con el sector privado o al situar los sistemas de vigilancia fuera de la jurisdicción de sus constituciones.

1. Aumento de las medidas de vigilancia

21. Las operaciones de vigilancia pueden ser generales o específicas. A nivel específico, los sistemas jurídicos pueden autorizar y supervisar: formas encubiertas y abiertas de vigilancia para identificar conductas ilegales; la acumulación de información sobre individuos específicos para identificar el incumplimiento de la ley y la vigilancia específica de individuos para instruir un procedimiento judicial. El Relator Especial ha señalado ya que los Estados pueden recurrir a medidas de vigilancia específicas siempre que se trate de injerencias en casos concretos, sobre la base de una orden judicial por una causa probable o por motivos fundados. Tiene que haber alguna base de hecho, relacionada con el comportamiento de una persona, que justifique la sospecha que pueda estar preparando un atentado terrorista²⁴. A nivel general, ha habido un aumento en la vigilancia de las comunicaciones a través de la interceptación de comunicaciones por las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia. Se advierte una convergencia notable en las políticas aplicadas para aumentar los poderes de vigilancia en respuesta a las amenazas terroristas. La mayoría de esas políticas se basan en tecnologías nuevas o existentes, como los errores de *software* y las tecnologías de rastreo que pueden acceder a la posición geográfica de los teléfonos móviles, las tecnologías que dan cuenta a los gobiernos del contenido de conversaciones privadas de usuarios de voz en el protocolo de Internet²⁵ o que instalan programas espías en

²⁴ A/ARC/10/3, párr. 30.

²⁵ D. O'Brien, "Chinese Skype client hands confidential communications to eavesdroppers", Electronic Frontier Foundation, 2 de octubre de 2008.

los ordenadores de los sospechosos a fin de hacer posible el acceso remoto a los mismos²⁶. En algunos países los servicios de seguridad han llegado incluso a proponer la supresión de las tecnologías de comunicación que son más difíciles de interceptar, como los teléfonos inteligentes²⁷. Preocupa asimismo al Relator Especial el rastreo de las comunicaciones transfronterizas sin autorización judicial²⁸.

22. En nombre de la lucha contra el terrorismo, los Estados han aumentado las iniciativas para identificar, examinar y controlar al público en general mediante el uso de una multitud de técnicas que podrían violar el derecho del individuo a la intimidad. Cuando se vigilan lugares y grupos nutridos de personas, la vigilancia suele estar sometida a un régimen menos estricto de autorización y supervisión. Las normas de derechos humanos se han puesto a prueba, violentado e infringido con el uso de registros, la compilación de listas y bases de datos, la creciente vigilancia de las comunicaciones financieras y los datos de viaje, el uso de perfiles para identificar a posibles sospechosos y la acumulación de bases de datos cada vez mayores para calcular la probabilidad de actividades sospechosas e identificar a los individuos a los que se consideran merecedores de una investigación más minuciosa. Se aplican también tecnologías más avanzadas como la reunión de datos biométricos o la utilización de escáneres corporales que permiten ver a través de la ropa²⁹. Algunas intrusiones en la vida de las personas pueden llegar a ser permanentes ya que los detalles físicos y biográficos de las personas se suelen centralizar en bases de datos.

²⁶ Véase el artículo que aparece en la dirección siguiente: http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2008/22719940_kw46_bka/index.html.

²⁷ S. Das Gupta y L. D'Monte, "BlackBerry security issue makes e-com insecure", *Business Standard*, 12 de marzo de 2008.

²⁸ Véase por ejemplo la Ley del Gobierno sueco sobre las operaciones ajustadas de inteligencia de defensa, aprobada en junio de 2008, pág. 83.

²⁹ Véase la resolución del Parlamento Europeo del 23 de octubre de 2008 sobre el impacto de las medidas de seguridad de la aviación y los escáneres corporales en los derechos humanos, la privacidad, la dignidad personal y la protección de datos.

a) Poderes de detención y registro

23. Los Estados han ampliado sus poderes de detención, interrogatorio, registro e identificación de individuos y han reducido los controles establecidos para evitar el abuso de esos poderes. Tales poderes han dado lugar al nacimiento de preocupaciones sobre el perfil y la discriminación racial en Europa³⁰ y en la Federación de Rusia³¹ y a la preocupación de que estos poderes antagonicen la relación entre los ciudadanos y el Estado. Igualmente, la exigencia de proporcionalidad en la prueba de admisibilidad de las limitaciones al derecho a la intimidad plantea la cuestión de si un poder general de detención y registro en zonas de seguridad designadas, como sucede en la Federación de Rusia³² o el Reino Unido³³, es realmente necesario en una sociedad democrática.

b) El uso de datos biométricos y los peligros de los sistemas centralizados de identificación

24. Un componente fundamental de las políticas de identificación es la utilización de técnicas biométricas como el reconocimiento facial, las huellas dactilares y el examen del iris. Aunque en algunas circunstancias estas técnicas puedan ser un instrumento legítimo para la identificación de terroristas sospechosos, preocupan especialmente al Relator Especial los casos en que los datos biométricos no se almacenan en un documento de identidad sino en una base central de datos, aumentando de esta manera los riesgos de seguridad de la información y haciendo vulnerables a los individuos. Con el aumento de la obtención de información biométrica, las tasas de error pueden crecer de manera significativa³⁴. Ello

³⁰ Open Society Justice Initiative, *Ethnic Profiling by Police in Europe*, junio de 2005.

³¹ Open Society Justice Initiative and JURIX, *Ethnic Profiling in the Moscow Metro*, junio de 2006.

³² Ley Federal N° 35 de 2006 sobre la lucha contra el terrorismo.

³³ Véase, por ejemplo, Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, *R. c. Commissioner of Police for the Metropolis and another*, 2006.

³⁴ Véase por ejemplo, M. Cherry y E. Imwinkelried, "A cautionary note about fingerprint analysis and reliance on digital technology", *Judicature*, vol. 89, N° 6 (2006).

puede traducirse en la criminalización de personas o en la exclusión social. Entretanto, a diferencia de otros datos identificadores, los datos biométricos no se pueden revocar: una vez copiados y utilizados fraudulentamente por un tercero de mala fe, no es posible atribuir al individuo una nueva firma biométrica³⁵. En este contexto, conviene advertir que, contrariamente a su objetividad científica, las pruebas de ADN pueden ser también falsificadas³⁶.

25. La reunión centralizada de datos biométricos crea el riesgo de causar errores judiciales, como puede verse por el ejemplo siguiente. Todos los atentados con bomba que se produjeron en Madrid el 11 de marzo de 2004, la policía española encontró una huella dactilar en una bomba que no había hecho explosión. Expertos en huellas dactilares de la Oficina Federal de Investigación (FBI) de los Estados Unidos declararon que la huella dactilar de un abogado coincidía con la muestra obtenida en el lugar del atentado. La huella dactilar de la persona se encontraba almacenada en el sistema nacional porque esa persona había sido soldado de los Estados Unidos. El individuo fue detenido y mantenido en régimen de aislamiento durante dos semanas aunque la huella dactilar no era la suya. Los inspectores no procedieron a una nueva comparación, con lo que la situación se complicó para el detenido cuando se descubrió que había sido el abogado defensor de un terrorista convicto, se había casado con una inmigrante egipcia e incluso se había convertido al islam³⁷.

c) La distribución de listas secretas de control

26. Otra técnica disponible es la supervisión de listas de control. El tipo más común de estas listas es la lista de personas sometidas a

³⁵ Véase E. Kosta y otros, "An analysis of security and privacy issues relating to RFID enabled Passports", *International Federation for Information Processing*, N° 232 (2007), págs. 467 a 472.

³⁶ Véase por ejemplo, D. Frumkin y otros, "Authentication of forensic DNA samples" *Forensic Science International: Genetics* (17 de julio de 2009).

³⁷ Véase Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Oficina del Inspector General, *A Review of the FBI's Handling of the Brandon Mayfield Case*, enero de 2006.

la prohibición de volar. Esas listas se distribuyen a las líneas aéreas y a los agentes de seguridad con la instrucción de detener e interrogar a los pasajeros que lleven cierto nombre. Poco se sabe de la medida en que se usan estas listas pero cuando esos sistemas salen a la luz pública, se descubren errores y surgen preocupaciones en cuanto a la intimidad de las personas, particularmente en los Estados Unidos³⁸ y el Canadá³⁹. Subsisten los problemas de integridad de los datos, pues las listas son objeto de comprobaciones continuas para descubrir posibles errores y los procesos de identificación se deben realizar con el mayor cuidado. Las listas se suelen mantener secretas pues podrían servir de aviso a los terroristas sospechosos, pero al mismo tiempo este secretismo plantea problemas al mantener bajo vigilancia constante sin una supervisión independiente efectiva a individuos que desconocen que figuran en algún tipo de lista. Esa vigilancia secreta podría constituir una violación del derecho a la intimidad previsto en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

27. Cuando se hacen públicas las listas de terroristas, surge una nueva forma de aplicar el artículo 17 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos ha determinado que la inclusión injustificada de una persona en la Lista Consolidada del Comité 1267 de las Naciones Unidas constituía una violación del artículo 17. Estimó que la divulgación de información personal constituía un ataque a la honra y reputación de las personas incluidas en la lista dada la asociación negativa que podría hacerse entre los nombres y el título de la lista de sanciones⁴⁰.

28. Las listas públicas y secretas de control suelen incumplir también principios fundamentales de la protección de datos. La información obtenida con una finalidad se vuelve a utilizar con

³⁸ Véase Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Audit of the FBI Terrorist Watchlist Nomination Practices*, mayo de 2009.

³⁹ Véase Office of the Privacy Commissioner Canada, *Audit of the Passenger Protect Program of Transport Canada*, noviembre de 2009.

⁴⁰ Véase la comunicación N° 1472/2006 del Comité de Derechos Humanos, párrs. 10.12 y 10.13.

finalidades secundarias y se intercambia a veces con otras instituciones, sin el conocimiento o consentimiento de las personas afectadas. Se utiliza información errónea para adoptar decisiones sobre personas que se traducen en limitaciones para viajar. Puede suceder que a esas personas se les deniegue un visado, se les devuelva en la frontera o se les impida subir a bordo de un avión sin pruebas de que hayan cometido alguna infracción.

d) Puntos de control y fronteras

29. Con la aplicación de nuevas tecnologías y en respuesta a temores crecientes de la comisión de atentados terroristas, los Estados aumentan la vigilancia, reglamentación, intervención y control de la circulación de personas en las fronteras. En la actualidad y con la aplicación de tecnologías más adelantadas y de acuerdos de intercambio de datos, los Estados están creando perfiles amplios de viajeros extranjeros a fin de identificar a terroristas y delincuentes antes de que lleguen a la frontera, estudiando para ello las listas de pasajeros y los registros de reserva de pasaje de las empresas de transporte. Los Estados analizan esta información para identificar perfiles que correspondan a terroristas o delincuentes. En la frontera los individuos se ven sometidos a nuevos métodos de obtención de información, potencialmente invasivos.

30. Muchos Estados piden en la actualidad a las líneas aéreas que faciliten la lista de pasajeros antes del despegue. Los Estados tratan también de obtener acceso a los registros de nombres de pasajeros, que incluyen información sobre la identidad (nombre, número de teléfono) información sobre la transacción (fecha de la reserva, agencia de viajes, itinerario), información sobre el vuelo y el asiento, datos financieros (número de la tarjeta de crédito, dirección de facturación), elección del menú e información sobre el lugar de residencia, datos médicos, información sobre viajes anteriores e información de viajero frecuente. Esta información se utiliza para la elaboración del perfil y la evaluación del riesgo de los pasajeros, generalmente tras consultar las diversas listas de control de terroristas y las bases de datos de las fuerzas de seguridad. Como resultado, las líneas aéreas pueden negarse a conceder la tarjeta de

embarque a un individuo solamente sobre la base de los resultados de la consulta de una base de datos situada en el país de destino sin ninguna garantía procesal.

31. La creciente vigilancia de los inmigrantes y de los viajeros con distintas finalidades da lugar a diversas preocupaciones en relación con la intimidad. Los Estados obtienen información sobre los viajeros de terceras partes que están obligadas a facilitarla si no quieren verse privadas de los derechos de aterrizaje o pagar fuertes multas, aun en el caso de que las garantías de intimidad no satisfagan las prescripciones del derecho interno en la materia. Además, es posible que no se conceda a los extranjeros igualdad de acceso a los recursos judiciales en esos países y los derechos en la frontera suelen estar notablemente restringidos. La política del Gobierno de los Estados Unidos sobre el acceso a los ordenadores personales de los viajeros es un ejemplo útil. Pese a la necesidad de satisfacer las exigencias constitucionales del respeto de las debidas garantías al registrar un ordenador personal en los Estados Unidos, el Departamento de Seguridad Interior ha aprobado el acceso a los ordenadores de los viajeros sin autorización judicial⁴¹.

32. Por último, los Estados están estableciendo nuevas exigencias en materia de información. Los Estados pueden denegar la entrada a personas que se nieguen a facilitar información e insistir en su petición de información sin dar las garantías de que quien solicita esa información es una autoridad legítima. Además, la información obtenida con una finalidad se utiliza con fines distintos; por ejemplo, se ha propuesto la extensión del Sistema automatizado de identificación de huellas dactilares (EURODAC) de la Unión Europea, empleado actualmente para tramitar las peticiones de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes ilegales tras su identificación por sus huellas dactilares, a la prevención, detección e investigación de actos de terrorismo y otros delitos graves. El Supervisor de la Protección de Datos de la Unión Euro-

⁴¹ Véase Departamento de Seguridad Interior, *Privacy impact assessment for the border searches of electronic devices*, 25 de agosto de 2009.

pea ha expresado sus dudas en cuanto a si estas propuestas son legítimas según el derecho a la intimidad⁴².

2. La vigilancia y su efecto en otros derechos

33. Los regímenes de vigilancia adoptados como medidas anti-terroristas han ejercido un profundo efecto de inhibición en otros derechos humanos fundamentales. Además de constituir en sí un derecho, la intimidad es la base de otros derechos cuyo disfrute efectivo sería imposible sin ella. La intimidad es necesaria para crear zonas que permitan a las personas y grupos de personas pensar y desarrollar ideas y relaciones. Otros derechos como la libertad de expresión, asociación y circulación necesitan la intimidad para su disfrute efectivo. La vigilancia se ha traducido también en errores judiciales, en inobservancia de las garantías procesales y en detenciones ilegales.

34. En muchas naciones de todo el mundo se vigila a los ciudadanos, los lugares que visitan y las personas con las que se relacionan. En Alemania se determinó que en 2006 el Servicio de Inteligencia Federal había espiado ilegalmente a periodistas vigilando sus comunicaciones y situando espías en las salas de prensa⁴³. En Colombia se demostró en 2009 que el Departamento Administrativo de Seguridad venía sometiendo a vigilancia ilegal desde hacía siete años a periodistas, trabajadores de derechos humanos, funcionarios públicos y jueces y sus familias⁴⁴. En numerosos países de todo el mundo los usuarios de Internet deben identificarse y sus sesiones quedan grabadas para su futuro uso por las autoridades. Por ejemplo, en 2007 se exigió a los proveedores del servicio de Internet de Bangladesh que facilitaran a las autoridades la identidad y las contraseñas de sus usuarios. Algunos de ellos

⁴² Véase la declaración del Supervisor de Protección de Datos de la Unión Europea sobre el acceso de las fuerzas de seguridad a EURODAC, 8 de octubre de 2009.

⁴³ Deutsche Welle World, "Germany stops journalist spying in wake of scandal", 15 de mayo de 2006.

⁴⁴ Véase *Semana*, 21 de febrero de 2009.

recibieron después la visita de las autoridades, que analizaron sus ordenadores y listas de contactos⁴⁵. En los Estados Unidos la dependencia antiterrorista del FBI supervisó los movimientos de activistas pacíficos durante las convenciones políticas de 2004⁴⁶. Estas medidas de vigilancia han ejercido un efecto disuasorio sobre los usuarios, que temen entrar en Internet, expresar sus opiniones o establecer comunicaciones con otras personas por temor a sanciones⁴⁷. Esto se aplica especialmente a los individuos disidentes, a los que se puede disuadir de ejercer su derecho democrático de protesta contra la política del Gobierno.

35. Además de los poderes de vigilancia, muchas leyes antiterroristas exigen al individuo que revele proactivamente información y conceden amplios poderes a los funcionarios para que soliciten la información necesaria para las investigaciones. En este contexto el Relator Especial ha expresado ya su preocupación por el uso de las cartas de seguridad nacional en los Estados Unidos⁴⁸. Algunos países han ampliado este poder para exigir la revelación de información inicialmente obtenida con fines periodísticos. En Uganda la Ley antiterrorista de 2002 permite las escuchas telefónicas y el registro de los medios de comunicación cuando existan motivos razonables especiales para creer que la información tiene un valor sustancial en las investigaciones antiterroristas⁴⁹. El Relator Especial subraya que el interés legítimo por la revelación de material confidencial de los periodistas solo supera al interés público por la no revelación cuando se demuestra la existencia de una necesidad manifiesta de esa revelación, cuando las circunstancias son de una

⁴⁵ Véase *E-Bangladeshi*, "Crackdown on internet users in Bangladesh", 3 de octubre de 2007 (traduciendo informes de la BBC).

⁴⁶ Véase American Civil Liberties Union, "ACLU uncovers FBI Surveillance of main peace activists", 25 de octubre de 2006.

⁴⁷ Véase D. S. Sidhu, "The chilling effect of government surveillance programs on the use of the Internet by Muslim-Americans", *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, vol. 7 (2007), pág. 375.

⁴⁸ A/HRC/6/17/Add.3, párr. 51.

⁴⁹ Ley antiterrorista, tercera lista, párr. 8.

naturaleza grave y vital y cuando la necesidad de la revelación responde a una necesidad social urgente⁵⁰.

36. Los derechos a la libertad de asociación y reunión se ven también amenazados por la vigilancia. Estas libertades suelen requerir reuniones y comunicaciones privadas que permitan a las personas organizarse frente a los gobiernos u otros actores poderosos. El aumento de la vigilancia ha llevado en algunas ocasiones a una “desvirtuación de funciones”, cuando la policía o los organismos de inteligencia han calificado de terroristas a otros grupos a fin de permitir la utilización de los poderes de vigilancia concedidos únicamente para la lucha contra el terrorismo. En los Estados Unidos, manifestantes en favor del medio ambiente y de otros conceptos pacíficos fueron incluidos en listas de control de terroristas por la policía del Estado de Maryland antes de las convenciones políticas de Nueva York y de Denver⁵¹. En el Reino Unido se suelen utilizar cámaras de vigilancia en las manifestaciones de protesta y sus imágenes se almacenan en una base de datos⁵². Una reciente encuesta realizada en el Reino Unido permitió averiguar que una tercera parte de la población se inclina a no participar en manifestaciones de protesta por temor a injerencias en su intimidad⁵³.

37. La libertad de circulación puede también verse sustancialmente afectada por la vigilancia. La creación de listas secretas de control, la reunión y el intercambio de cantidades excesivas de datos y la imposición de escáneres o exámenes biométricos intrusivos crean nuevas barreras a la movilidad. Como queda dicho en secciones precedentes, ha habido un aumento sustancial en la reunión de

⁵⁰ Véase también la recomendación N° R (2000) 7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información y Ontario Superior Court of Justice, *O’Neill v. Canada (Attorney General)*, 2006, párr. 163.

⁵¹ Véase L. Rein y J. White, “More groups than thought monitored in police spying”, *The Washington Post*, 4 de enero de 2009.

⁵² Véase P. L. Lewis y M. Vallée, “Revealed: police databank on thousands of protesters”, *The Guardian*, 6 de marzo de 2009.

⁵³ Véase A. Jha y J. Randerson, “Poll shows public disquiet about policing at environmental protests”, *The Guardian*, 25 de agosto de 2009.

información sobre personas que realizan viajes nacionales e internacionales. La información se intercambia de manera rutinaria y se utiliza para preparar listas de control que han supuesto nuevas barreras a los viajes. Cuando los perfiles y las listas de control se elaboran utilizando información procedente de distintas fuentes y de fiabilidad diversa, el individuo desconoce la fuente de la información, no puede discutir su veracidad ni impugnar las conclusiones formuladas por las autoridades extranjeras. Un mosaico de datos procedentes de bases múltiples puede dar lugar a que los algoritmos de búsqueda identifiquen a personas inocentes como amenazas⁵⁴. Cuando se prohíbe a una persona abandonar el país, el Estado debe exponer las razones por las que se limita la libertad de circulación. De no ser así es probable que el Estado viole el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁵.

38. Uno de los efectos más graves de las medidas de vigilancia reside en que pueden conducir a errores judiciales y violar las garantías procesales. El problema de conseguir acceso al examen judicial consiste en que algunos regímenes jurídicos pueden impedir el acceso a los tribunales a menos que la persona pueda demostrar que se ha producido la injerencia, algo imposible debido al carácter secreto de los programas de vigilancia. El individuo no puede probar ni demostrar que está realmente sometido a vigilancia. Como consecuencia, el individuo no puede buscar amparo en los tribunales. En casos concretos los tribunales han declarado que los individuos carecían de legitimación al no poder demostrar que se encontraban bajo vigilancia y las lesiones que sufrían se consideraron especulativas⁵⁶. En otros casos, cuando se puede demostrar

⁵⁴ Véase Consejo de Investigación Nacional de los Estados Unidos, *Protecting Individual Privacy in the Struggle Against Terrorist: A Framework for Assessment*, Committee on Technical and Privacy Dimensions of Information for Terrorism Prevention and Other National Goals, octubre de 2008.

⁵⁵ Véase, por analogía, Comité de Derechos Humanos, *B. Zoolfia c. Uzbekistán*, comunicación N° 1585/2007, 2009, párr. 8.3.

⁵⁶ La conclusión más reciente a este respecto se encuentra en *Amnesty International et al. v. John McConnell et al.*, United States District Court for the Southern District of New York, 20 de agosto de 2009.

la injerencia, los Estados han invocado algunas veces el “secreto de Estado” para evitar el examen de proyectos de vigilancia ilegal⁵⁷. El Relator Especial elogia el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual el individuo no necesita demostrar que esas medidas se le han aplicado necesariamente⁵⁸.

3. *Extensión de las fronteras jurídicas*

39. Los tratados de asistencia jurídica mutua tienen por objeto permitir a los países cooperar en las investigaciones e intercambiar información en casos específicos⁵⁹. También se han concertado acuerdos que permiten el intercambio de información sobre personas que realizan actividades, por ejemplo todos los pasajeros que viajan a otro país o todos los individuos que realizan transacciones financieras interbancarias. Más opacos son los acuerdos entre organismos de inteligencia para intercambiar bases de datos e información. Esas bases de datos suelen disfrutar de amplias excepciones en la aplicación del sistema jurídico interno. Incluso cuando se aplica la legislación interna, los datos pueden referirse a extranjeros no autorizados a invocar ningún derecho ante los tribunales nacionales. Es posible que los individuos desconozcan que están bajo vigilancia —por ejemplo que figuran en una lista de terroristas sospechosos— porque las listas de los organismos de inteligencia no son públicas, y ello hace que no puedan pedir su revisión. Cuando la lista se distribuye a escala internacional, el individuo desconoce las razones de su primera inclusión en ella y no puede conseguir su eliminación de las múltiples listas que aparecieron a partir de entonces.

40. Los Estados han aumentado no solamente su cooperación mutua en la lucha contra el terrorismo sino también su colaboración con terceras partes privadas que disponen de información per-

⁵⁷ Véase United States District Court for the Northern District of California, *Al-Haramain Islamic Foundation et al. v. Bush et al.*, 1º de mayo de 2009.

⁵⁸ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Klass v. Germany*, 6 de septiembre de 1978, párr. 38.

⁵⁹ Véase G. Hosein, *International Co-operation as a Promise and a Threat, in Cyber-crime and Jurisdiction: A Global Survey* (T. M. C. Asser Press), 2006.

sonal sobre individuos a fin de identificar y vigilar a los terroristas sospechosos. Algunos gobiernos han puesto entonces en peligro la protección del derecho a la intimidad al no extender las garantías nacionales de intimidad a su cooperación con terceros países y con actores privados.

41. Ciertas terceras partes, como los bancos, las compañías telefónicas o incluso los cibercafés poseen en la actualidad amplia información personal sobre muchos individuos. Por consiguiente, el acceso a esta información proporciona detalles significativos sobre la vida privada de esos individuos. Al mismo tiempo, los organismos estatales pueden acceder a esta información con menos restricciones que si la información obrara en poder de los propios individuos en su domicilio o incluso en poder de otros organismos del gobierno. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha determinado que como los datos facilitados a terceras partes tales como los bancos o las compañías telefónicas se intercambian “libremente” entre esas partes, los individuos no pueden razonablemente esperar la intimidad⁶⁰. Cuando no existe la protección constitucional que requiere una base jurídica para la injerencia en la vida privada de los individuos, corresponde a la organización privada decidir la forma de responder a la petición del organismo gubernamental. Por lo general el sector privado prefiere que el Gobierno establezca una base legal que obligue a las organizaciones a facilitar la información personal que se les pida, pues ello les libera de la obligación de examinar la naturaleza del caso.

42. Se pide cada vez más a terceros que reúnan más información de la necesaria y que la conserven durante períodos más dilatados de tiempo. Así, el Reino Unido ha propuesto que las compañías de telecomunicaciones vigilen y conserven información sobre las actividades de los individuos en línea, incluidas las actividades a través de las redes sociales, información que tales compañías no

⁶⁰ Véase Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Smith v. Maryland*, 1979, en el caso de datos de comunicaciones, y *United States v. Miller*, 1976, en el caso de información financiera.

⁶¹ Véase British All Party Parliamentary Group on Privacy, *Briefing Paper: Inquiry into communications data surveillance proposals and the Interception Modernisation Programme*, junio de 2009.

tienen interés justificado en reunir⁶¹. Análogamente, la directiva sobre la conservación de datos de la Unión Europea⁶² ha dado lugar a considerables críticas. Cuando en 2008 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania suspendió temporalmente la ley alemana por la que se desarrollaba esa directiva, señaló que la conservación de datos sensibles, amplios y sin motivo sobre prácticamente todo el mundo con fines gubernamentales que en el momento del almacenamiento de los datos no se pueden prever detalladamente, puede tener un efecto intimidador considerable⁶³. También en Alemania las investigaciones demostraron que las políticas de conservación de datos tenían un efecto disuasorio: el 52% de las personas entrevistadas dijo que probablemente no utilizaría las telecomunicaciones para entrar en contacto con asesores de drogadictos, psicoterapeutas o asesores matrimoniales debido a las leyes de conservación de datos⁶⁴.

43. En este contexto, preocupa al Relator Especial que en muchos países se hayan aprobado las leyes de conservación de datos sin haberse establecido ninguna garantía legal en cuanto al acceso a esa información o sin haber considerado el hecho de que los nuevos avances tecnológicos están enturbiando la diferencia entre el contenido y los datos de las comunicaciones. Aunque las disposiciones constitucionales tienden a exigir garantías en cuanto al acceso al contenido de las comunicaciones, la protección de los registros de transacciones es más limitada. Aunque esta información pueda ser parte integrante de las investigaciones, es posible que afecte tanto a la intimidad como el contenido de las comunicaciones relativas a las transacciones.

44. Para combatir la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales los Estados han obligado a la industria financiera a

⁶² Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la directiva 2002/58/CE, *Diario Oficial*, L 105 (2006), págs. 54 a 63.

⁶³ Decisión del Tribunal Constitucional N° 256/08, 11 de marzo de 2008.

⁶⁴ Instituto Alemán Forsa, *Meinungen der Bunderburger zur Vorratsdatenspeicherung*, 28 de mayo de

analizar las transacciones financieras a fin de distinguir automáticamente entre las “normales” y las “sospechosas”. Así, la Unión Europea promulgó en 2005 una directiva sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo⁶⁵, en la que se pedía a las instituciones financieras que aplicaran las medidas de diligencia debida informando a las unidades de inteligencia financiera (UIF) de las actividades sospechosas y de aquellas sobre las que existieran motivos razonables para sospechar. El tratamiento que las UIF dan a esta información sigue siendo opaco pero Estados como Australia⁶⁶ y el Canadá⁶⁷ procesan cada año millones de transacciones por medio de instrumentos avanzados de prospección de datos.

45. Las terceras partes pueden estar también sometidas a leyes extranjeras que exijan la revelación. Así, el Gobierno de los Estados Unidos emitió requerimientos administrativos a la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), cooperativa belga responsable de permitir el intercambio de mensajes entre más de 7.800 instituciones financieras de más de 200 países. Al obtener acceso al centro de datos de SWIFT en los Estados Unidos, el Departamento del Tesoro del país pudo supervisar las transacciones financieras extranjeras en toda la red SWIFT, encontrar e identificar a terroristas sospechosos⁶⁸. Los grupos de derechos humanos formularon reclamaciones legales en más de 20 tribunales sosteniendo que al entregar esta información a las autoridades de los Estados Unidos SWIFT había violado las leyes locales de intimidad⁶⁹.

⁶⁵ Véase la directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, *Diario Oficial*, L 309 (2005), págs. 15 a 36.

⁶⁶ Véase Australian transaction Reports and Analysis Centre, *AUSTRAC Annual Report 2008-2009*, octubre de 2009.

⁶⁷ Véase “Financial Transaction and Reports Analysis Centre of Canada”, *FINTRAC Annual Report 2008*, 11 de septiembre de 2008.

⁶⁸ Véase también la declaración del Subsecretario de los Estados Unidos Stuart Levey sobre el Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, 23 de junio de 2006.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Privacy International, “Pulling a Swift one? Bank transfer information sent to U.S. authorities”, 27 de julio de 2006.

46. Preocupa también al Relator Especial que la vigilancia se esté introduciendo en las infraestructuras tecnológicas y que éstas generen riesgos a los individuos y las organizaciones. Por ejemplo, el desarrollo de normas para la interceptación legal de las comunicaciones requiere que las compañías de telecomunicación diseñen puntos vulnerables en sus tecnologías que permitan a los Estados interceptar las comunicaciones. De esta posibilidad se sirvieron fraudulentamente terceras partes en Grecia que pudieron escuchar las comunicaciones del Primer Ministro y de docenas de otros altos funcionarios⁷⁰. Más recientemente el Gobierno de la República Islámica del Irán se sirvió de esta posibilidad para vigilar a manifestantes⁷¹. Para evitar los abusos, las tecnologías de vigilancia deben registrar quién accede a los datos, dejando de esta manera una pista que también se puede seguir para detectar abusos⁷².

47. Sin embargo, en algunos Estados se continúan aplicando las garantías constitucionales. En el Canadá, por ejemplo, la Carta de Derechos y Libertades protege la privacidad de la información que obra en manos de terceras partes cuando revela detalles íntimos de la vida y las opciones personales del individuo⁷³. Ello requiere equilibrar los intereses de la sociedad en la protección de la dignidad, integridad y autonomía individuales con el cumplimiento efectivo de la ley⁷⁴. De manera análoga, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extendido el derecho a la intimidad a la información en poder de terceros. El Convenio para la protección de las personas con respecto de la computadorización de datos personales requiere que tanto el sector público como el sector privado protejan la información que poseen y regula el intercambio de información con los organismos del Gobierno. Hay excepciones cuando se trata de proteger la seguridad del Estado,

⁷⁰ Véase, a título informativo, V. Prevelakis y D. Spinellis, "The Athens Affair", *IEEE Spectrum*, Julio de 2007.

⁷¹ Véase a título de referencia Nokia Siemens Networks, "Provision of lawful intercept capability in Iran", 22 de junio de 2009.

⁷² Véase la nota 54.

⁷³ Véase Tribunal Supremo del Canadá *R. v. Plant*, 1993 y *R. v. Tessling*, 2004.

⁷⁴ *R. v. Plant*.

la seguridad pública o los intereses monetarios del Estado, la represión de delitos o la protección del individuo o de los derechos y libertades de los demás⁷⁵.

D. Las mejores prácticas

48. Preocupa al Relator la existencia de una tendencia hacia la extensión de los poderes de vigilancia del Estado más allá del terrorismo. Tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001 diversas legislaturas introdujeron cláusulas de extinción y revisiones de la legislación antiterrorista pues se supuso se necesitarían poderes extraordinarios durante un corto período de tiempo para responder a ese peligro. Esas cláusulas de extinción y revisiones no se incluyeron en algunas esferas de la actuación política y en las políticas ulteriores no se consideraron en absoluto. Muchos de los poderes de investigación concedidos a las fuerzas de orden público en virtud de leyes antiterroristas se otorgan a esas fuerzas para realizar investigaciones no relacionadas con el terrorismo. Entre tanto los Estados aplican sus propias políticas sin considerar sus efectos en los derechos humanos. Muchas de las políticas descritas más arriba fueron introducidas en principio con carácter extraordinario aunque pronto se convirtieron en normas regionales e internacionales. Colectivamente, esa injerencia tiene un impacto negativo importante en la protección del derecho a la intimidad, al ser limitado el acceso a las salvaguardias legales. Sin un conjunto riguroso de garantías jurídicas y de medios que permitan evaluar la necesidad, proporcionalidad o racionalidad de la injerencia, los Estados carecen de orientación sobre la forma de minimizar el riesgo a la intimidad generado por sus nuevas políticas. El Relator Especial ha determinado las salvaguardias legales que han surgido en el proceso político, la jurisprudencia, el análisis político y las buenas prácticas en todo el mundo.

1. El principio de la intrusión mínima

49. Ciertas injerencias en la vida privada de los ciudadanos son más intrusivas que otras. En los últimos 50 años la protección cons-

⁷⁵ Artículo 9 del Convenio para la protección de las personas respecto de la computadorización de datos personales.

titucional de los bienes y las personas se ha extendido con la inclusión de las comunicaciones⁷⁶, la información referente a un núcleo biográfico⁷⁷ y el derecho a la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnología de la información⁷⁸. Estas protecciones exigen que los Estados hayan agotado sus técnicas menos intrusivas antes de recurrir a las otras. El Comité de Asuntos Internos del Parlamento del Reino Unido examinó y adaptó estas ideas sobre los modernos sistemas de vigilancia centrada en los datos al principio de minimización de los datos, que guarda estrecha relación con la especificación de la finalidad⁷⁹. En su examen, el Comité Parlamentario recomendó que los Gobiernos se resistieran a la tendencia a reunir un volumen mayor de información personal y establecer bases de datos mayores. Toda decisión de crear una nueva base de datos más importante, de intercambiar información sobre bases de datos o de ejecutar propuestas de intensificación de la vigilancia se debería basar en una necesidad demostrada. El Relator Especial sostiene que los Estados deben incorporar este principio a su política actual y futura cuando expliquen la necesidad, y a su vez, la proporcionalidad de su política.

2. El principio de la especificación del fin para limitar utilizaciones secundarias

50. Aunque las leyes de protección de datos deben tratar de que la información obtenida para un fin no se utilice para otro, la política nacional de seguridad y orden público no está sometida por lo general a estas restricciones. La exención se consigue a través de disposiciones de confidencialidad en las notificaciones de acceso legal, órdenes judiciales amplias y certificados de exención tales como los certificados de seguridad nacional, que exigen a una

⁷⁶ Véase Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Katz v. United States*, 1967.

⁷⁷ Véase la nota 74.

⁷⁸ Véase la decisión del Tribunal Constitucional de Alemania N° 370/07, 27 de febrero de 2008.

⁷⁹ Véase Comité de Asuntos Internos del Parlamento del Reino Unido, *A Surveillance Society's Fifth report of the session 2007-2008*, 8 de junio de 2008.

base de datos específica de respetar las leyes que protegen la intimidad. Preocupa al Relator Especial que ello limite la efectividad de las salvaguardias necesarias contra los abusos. Los Estados deben estar obligados a establecer una base legal para la reutilización de información, de acuerdo con los principios constitucionales y de derechos humanos. Ello debe hacerse en el marco de los derechos humanos y no recurriendo a suspensiones y excepciones. Ello es particularmente importante cuando la información se intercambia a través de las fronteras; además, cuando la información se intercambia entre Estados, debe continuar la aplicación de medidas de protección y de salvaguardia⁸⁰.

3. El principio de supervisión y autorización regulada del acceso legal

51. Los sistemas de vigilancia requieren una supervisión efectiva que minimice los daños y los abusos. Cuando existen salvaguardias, esta supervisión ha adoptado tradicionalmente la forma de una autorización independiente reflejada en una orden o un proceso judicial con posibilidad de revisión independiente. Sin embargo, muchas políticas han tratado de limitar la supervisión y reducir los niveles de autorización; las leyes de interceptación de las comunicaciones han reducido al mínimo la necesidad de autorización en el caso de ciertas comunicaciones; para acceder a ciertas informaciones en poder de terceros se emiten órdenes judiciales secretas que han limitado la capacidad de recabar protección judicial; y los Estados permiten cada vez más a los organismos de inteligencia y las fuerzas de seguridad autoautorizarse a acceder a información personal cuando anteriormente se necesitaba alguna forma de autorización independiente y de información efectiva.

52. Algunos Estados han adoptado medidas para hacer frente a la erosión de las salvaguardias. En los Estados Unidos, tras cierto

⁸⁰ Véase, por ejemplo, con relación a las listas de pasajeros, el artículo 29 de la opinión 8/2004 del Grupo de Trabajo sobre protección de datos, relativo a la información para pasajeros sobre la transferencia de datos del registro de nombres de pasajeros en vuelos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, 30 de septiembre de 2004.

número de casos judiciales y con consecuencia de las exigencias de reautorización previstas en la *USA Patriot Act*, se han reintroducido nuevas oportunidades de revisión judicial. Los cambios aportados a las prácticas de vigilancia de las comunicaciones en Suecia y los Estados Unidos han reintroducido algunas salvaguardias limitadas en formas de órdenes judiciales. Análogamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que los tribunales tenían que examinar la legalidad en el derecho interno de las listas de vigilancia internacional⁸¹.

53. Preocupa al Relator Especial que la falta de un examen efectivo e independiente de las técnicas y prácticas de vigilancia arroje dudas sobre si las injerencias son ilegales (y por consiguiente responsables) y necesarias (y por consiguiente proporcionadas). Elogia la dura labor de los órganos de supervisión de los gobiernos, incluidas las oficinas internas que se ocupan de la intimidación, los departamentos de auditoría y las inspecciones generales, pues también desempeñan un papel fundamental en la determinación de los abusos. Por consiguiente, el Relator Especial pide que aumente la supervisión interna como complemento del proceso de autorización independiente y supervisión externa. Este sistema de responsabilidad interna y externa asegurará la existencia de recursos efectivos a disposición de los individuos, con un acceso significativo a los mecanismos de reparación.

4. El principio de transparencia e integridad

54. La aplicación de privilegios de confidencialidad a los sistemas de vigilancia inhibe la capacidad de los legisladores, los órganos judiciales y el público en general de examinar los poderes del Estado. El individuo puede estar sometido a una vigilancia inadecuada, en la que se elaboran perfiles obtenidos a través de la prospección de datos, y a errores judiciales, sin que haya recibido ninguna notificación precedente de la práctica de que es objeto. Además, la falta de limitaciones claras y adecuadas de la política de vigilancia

⁸¹ *Yassin Abdullah Kadi and Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, septiembre de 2008.

hace difícil demostrar que esos poderes no se utilizan de manera arbitraria e indiscriminada.

55. El principio de transparencia e integridad requiere la apertura y la comunicación de las prácticas de vigilancia. En algunos Estados existe la obligación de notificar al individuo la vigilancia de que es objeto y la forma en que se ejerce en el momento del hecho o tan pronto como sea posible inmediatamente después. En los regímenes constitucionales de *habeas data* de América Latina⁸² y las leyes europeas de protección de datos, los individuos podrán acceder y corregir la información personal que obre en los bancos de datos y en los sistemas de vigilancia. Estos derechos se deberán reconocer más allá de las fronteras garantizando que los regímenes jurídicos protegen tanto a los ciudadanos como a los no ciudadanos.

56. Un debate abierto y un examen minucioso son esenciales para comprender las ventajas y los límites de las técnicas de vigilancia, de forma que el público pueda comprender la necesidad y la legalidad de la vigilancia. En muchos Estados se ha encargado a los Parlamentos y a los órganos independientes la realización de estudios de las políticas y procedimientos de vigilancia y en ocasiones se les ha ofrecido la oportunidad de proceder a un examen prelegislativo. Ello se ha visto facilitado por la utilización de cláusulas de extinción y revisión en la legislación.

5. El principio de la modernización efectiva

57. Aunque es cada vez más fácil obtener mayor información de carácter invasivo, los Estados no han desarrollado una protección proporcional. De hecho, en nombre de la modernización de sus poderes de vigilancia, los Estados han tratado intencionalmente a veces de aplicar sistemas de salvaguardia anticuados y más débiles a informaciones cada vez más sensibles⁸³. Conscientes de la necesidad de examinar cómo el cambio político y tecnológico

⁸² Véase, por ejemplo, la Constitución del Brasil, art. 5 (LXXI); la Constitución del Paraguay, art. 135; la Constitución de la Argentina, art. 43.

⁸³ Véase the Policy Engagement Network, *Briefing on the UK Government's Interception Modernisation Programme*, junio de 2009.

puede influir negativamente en el individuo, algunos Estados han introducido evaluaciones del impacto en la intimidad que articulan dimensiones de privacidad en el diseño de las nuevas técnicas de vigilancia, incluida la forma en que los políticos consideran muchos de los principios expuestos, en particular la minimización de datos y el derecho a una reparación. El Relator Especial cree que el uso de instrumentos tales como la evaluación del impacto en la intimidad pueden contribuir a informar al público de las prácticas de vigilancia e instilar al mismo tiempo una cultura de la intimidad en los órganos del gobierno que elaboran nuevos sistemas de vigilancia para combatir el terrorismo. Se deben asimismo adoptar normas internacionales que exijan a los Estados que aumenten sus salvaguardias para reflejar el cambio tecnológico. [...]

Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión
OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 diciembre 2009
Marco jurídico interamericano sobre el
Derecho a la Libertad de Expresión

1. Este primer capítulo explica el significado y alcance del derecho a la libertad de expresión en el marco jurídico del sistema interamericano de derechos humanos. El propósito de este capítulo es sistematizar la jurisprudencia y la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), así como los informes y opiniones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en la materia.

2. En las secciones que siguen se reseña la doctrina y jurisprudencia interamericana relativa a los siguientes temas: importancia y función del derecho a la libertad de expresión; características principales del derecho a la libertad de expresión; discursos protegidos, especialmente protegidos y no protegidos por el derecho a la libertad de expresión; y límites del derecho a la libertad de expresión. El presente capítulo también discute los estándares aplicables a la prohibición de la censura y a las restricciones indirectas a la libertad de expresión. Por último, se dedican secciones específicas a varios problemas que han sido abordados por la doctrina y la jurisprudencia y que resultan fundamentales por su importancia en las

sociedades democráticas actuales: la protección de los periodistas y los medios de comunicación social; el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos; la libertad de expresión en el ámbito de los procesos electorales; y el pluralismo y la diversidad en el proceso de comunicación de masas.

A. Importancia y función del derecho a la libertad de expresión

1. Importancia de la libertad de expresión en el marco jurídico interamericano

3. El marco jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión. En efecto, la Convención Americana—en su artículo 13¹—, la Declaración Americana—en su artículo IV²—, y la Carta Democrática Interamericana—en su artículo

¹ El artículo 13 de la Convención Americana establece que: “(1). Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (3) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (4) Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. (5) Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

² El artículo IV de la Declaración Americana dispone que: -Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio-.

4³—, ofrecen un conjunto de garantías reforzadas que no parece tener parangón ni en el sistema universal ni en algún otro sistema regional de protección.

4. Desde una perspectiva comparada, si se contrastan los textos del artículo 13 de la Convención Americana, del artículo IV de la Declaración Americana y del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, con las disposiciones relevantes de otros tratados sobre derechos humanos—específicamente con el artículo 19 del PIDCP o con el artículo 10 del Convenio Europeo—, es claro que el marco interamericano fue diseñado para ser el más generoso, y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas⁴. Este hecho ha sido interpretado por la CIDH y la Corte Interamericana como una clara indicación de la importancia adscrita a la libre expresión dentro de las sociedades del continente. En particular, en referencia al artículo 13 de la Convención Americana, la CIDH ha señalado que, “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención [Americana] a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas”⁵. La importancia que otorga el artículo 13 a la libertad de expresión implica también que no son aplicables en el contexto interamericano las restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, ni que éstos se deben utilizar para interpretar de forma restrictiva

³ El artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana señala que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

⁴ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 50; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁵ CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 56.

la Convención Americana. En tales casos, la Convención Americana debe primar en virtud del principio *pro homine*—ampliamente aceptado por todos los Estados democráticos—, por el cual siempre debe primar la norma más favorable a la persona humana⁶.

5. La jurisprudencia del sistema ha explicado que el marco jurídico interamericano otorga este alto valor a la libertad de expresión porque se basa en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas, y porque tiene en cuenta tanto el valor instrumental de la libertad de expresión para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, como su función esencial dentro de los regímenes democráticos, según se explica a continuación.

2. Funciones del derecho a la libertad de expresión

6. La importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático.

7. En primer lugar, se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña—y caracteriza—a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir. Todo el potencial creativo en el arte, en la ciencia, en la tecnología, en la política, en fin, toda nuestra capacidad creadora individual y colectiva, depende, fundamentalmente, de que se respete y promueva el derecho a la libertad de expresión en todas sus dimensiones. Se trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento.

8. En segundo lugar, la CIDH y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se de-

⁶ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

riva también de su relación estructural con la democracia⁷. Esta relación, que ha sido calificada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental”, entre otras, explica gran parte de los desarrollos interpretativos que se han otorgado a la libertad de expresión por parte de la CIDH y la Corte Interamericana en sus distintas decisiones sobre el particular⁸. Es tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que, según ha explicado la CIDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole⁹. El artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, por su parte, caracteriza la libertad de expresión y la libertad de prensa como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”. En este mismo sentido, los relatores para la libertad

⁷ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

⁸ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 86.

⁹ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143. d); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. b).

de expresión de la ONU, la OSCE y la OEA, en su primera Declaración Conjunta en 1999, recordaron que “la libertad de expresión es un derecho humano internacional fundamental y componente básico de la sociedad civil basada en los principios democráticos”. En efecto, el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que nos conciernen a todos, es condición indispensable para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos. La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación personal y colectiva¹⁰ y para hacer operativos los “mecanismos de control y denuncia ciudadana”¹¹. A este respecto, si el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no sólo tiende a la realización personal de quien

¹⁰ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116; Corte I.D.H., *Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 86; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 46; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

¹¹ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

se expresa, sino a la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas, el Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que el debate público no sólo satisfaga las legítimas necesidades de todos como consumidores de determinada información (de entretenimiento, por ejemplo) sino como ciudadanos. Es decir, tienen que existir condiciones suficientes para que pueda producirse una deliberación pública, plural y abierta, sobre los asuntos que nos conciernen a todos en tanto ciudadanos y ciudadanas de un determinado Estado.

9. Finalmente, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En efecto, se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos. Por el importante rol instrumental que cumple, este derecho se ubica en el centro del sistema de protección de los derechos humanos de las Américas. En términos de la CIDH, “la carencia de libertad de expresión es una causa que ‘contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos’”¹².

10. En suma, la preservación de la libertad de expresión es una condición necesaria para el funcionamiento pacífico y libre de las sociedades democráticas de las Américas. En palabras de la CIDH, “la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquélla que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”¹³.

¹² CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. *Hugo Bustíos Saavedra*. Perú. 16 de octubre de 1997, párr. 72.

¹³ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

B. Características principales del derecho a la libertad de expresión**1. Titularidad del derecho a la libertad de expresión**

11. En términos del artículo 13 de la Convención Americana, la libertad de expresión es un derecho de *toda persona*, en condiciones de igualdad y sin discriminación por ningún motivo.

12. Según ha señalado la jurisprudencia, la titularidad del derecho a la libertad de expresión no puede restringirse a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa¹⁴. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia del caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana indicó que, la “Convención Americana garantiza este derecho a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda. El presente caso se trata de un abogado quien reclama la protección del artículo 13 de la Convención [Americana]”¹⁵.

2. Doble dimensión—individual y colectiva—de la libertad de expresión

13. Según ha explicado la jurisprudencia interamericana en numerosas oportunidades, la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con dos dimensiones: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada¹⁶.

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.

¹⁵ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.

¹⁶ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. SeAntencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1° de febrero de

14. Teniendo en cuenta esta doble dimensión, se ha explicado que la libertad de expresión es un *medio para el intercambio* de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos, que implica tanto el derecho a comunicar a otros el propio punto de vista y las informaciones u opiniones que se quieran, como el derecho de todos a recibir y conocer tales puntos de vista, informaciones, opiniones, relatos y noticias, libremente y sin interferencias que las distorsionen u obstaculicen¹⁷. A este respecto, se ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia¹⁸.

2006. Serie C No. 141, párr. 163; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.1 a); Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 108; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 77; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 51; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996. Párr. 53.

¹⁷ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 110; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 79; Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 66; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 32; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹⁸ Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 66; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 32.

15. Un determinado acto de expresión implica simultáneamente las dos dimensiones. En la misma medida, una limitación del derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo ambas dimensiones¹⁹. Así, por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana explicó que cuando las autoridades de la justicia penal militar chilena impidieron—mediante prohibiciones e incautaciones materiales—que el peticionario publicara un libro ya escrito, que se encontraba en proceso de edición y distribución, se generó una violación de la libertad de expresión en sus dos dimensiones, por cuanto simultáneamente se afectó el ejercicio de esta libertad por parte de Palamara, a través de la escritura y publicación del libro, y se afectó el derecho del público chileno a recibir la información, ideas y opiniones plasmados en tal texto.

16. Las dos dimensiones de la libertad de expresión son igualmente importantes e interdependientes, y deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos interamericanos²⁰.

17. Una de las principales consecuencias del deber de garantizar simultáneamente ambas dimensiones es que no se puede menoscabar una de ellas invocando como justificación la preservación de la otra. Así, por ejemplo, “no sería lícito invocar el derecho de la socie-

¹⁹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 107; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 81; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101. 1) a); CIDH. Informe de fondo No. 90/05. Caso No. 12.142. *Alejandra Marcela Matus Acuña*. Chile. 24 de octubre de 2005, párr. 39.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 80; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 149; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 67; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101. 1) a).

dad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”²¹.

3. Deberes y responsabilidades que forman parte del contenido de la libertad de expresión

18. El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades para quien se expresa. El deber básico que de allí se deriva es el de no violar los derechos de los demás al ejercer esta libertad fundamental. Asimismo, el alcance de los deberes y responsabilidades dependerá de la situación concreta en la que se ejerza el derecho, y del procedimiento técnico utilizado para manifestar y difundir la expresión.

C. Tipos de discurso protegidos por la libertad de expresión

1. Tipos de discurso protegidos según su forma

a. Formas de expresión específicamente protegidas por los instrumentos interamericanos

19. El artículo 13 de la Convención Americana establece el derecho de toda persona a la libertad de expresión, y precisa que este derecho comprende, “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Al interpretar el alcance del derecho a la libertad de expresión, la Declaración de Principios señala que este derecho—fundamental e inalienable—se refiere a la expresión humana “en todas sus formas y manifestaciones”, y que cubre el derecho de toda persona, en condiciones

²¹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33.

de igualdad, a “buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente”, “por cualquier medio de comunicación”, así como el “derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma”. La Declaración de Principios también se refiere expresamente al derecho de toda persona a “acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita o no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados”, y a “actualizarla, rectificarla y/o enmendarla” en caso de que fuere necesario, así como el derecho al “acceso a la información en poder del Estado”.

20. En sus decisiones, la CIDH y la Corte Interamericana han dado un amplio contenido a la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, y han desprendido de sus dimensiones individual y colectiva una serie de derechos protegidos por el mismo artículo, relativos a distintas formas de expresión humana²². Según han explicado estos organismos, el artículo 13 de la Convención Americana refleja un concepto amplio de la libertad de expresión fundado en la autonomía y dignidad de las personas²³, y orientado a cumplir—como se verá más adelante—con una importante función democrática²⁴.

21. Los principales tipos concretos de expresión que han sido objeto de pronunciamientos por parte de la CIDH y la Corte Interamericana son los que se reseñan a continuación.

22. *El derecho a hablar*, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones. Se trata de un derecho básico que, al decir de la CIDH y la Corte Interamericana, constituye uno de los pilares de la libertad de expresión²⁵.

²² Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75.

²³ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143. d).

²⁴ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁵ Corte I.D.H., *Caso López Alvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107,

23. El derecho a hablar implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma que elijan para expresarse²⁶. Así, en el caso *López Álvarez Vs. Honduras*, la Corte Interamericana examinó el caso de un miembro de un grupo étnico que había sido privado de su libertad, y que durante el curso de su reclusión había sido afectado por la prohibición, impuesta por el director del penal, de hablar en el idioma de su etnia. En criterio de la Corte Interamericana, esta prohibición constituía una violación del artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y [...] éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”²⁷.

24. *El derecho a escribir*, esto es, a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones²⁸, también en el idioma que quien se expresa elija para hacerlo. La CIDH y la Corte Interamericana han protegido diversas manifestaciones del derecho a escribir, por ejemplo, en casos de

párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

²⁶ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164

²⁷ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 65.

quienes escriben libros²⁹, artículos periodísticos³⁰ o formulan opiniones³¹.

25. *El derecho a difundir las expresiones* habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número posible de destinatarios. En este sentido, la Corte Interamericana ha enfatizado que: (a) la libertad de expresión no se agota en el derecho abstracto a hablar o escribir, sino que abarca inseparablemente el derecho a la difusión del pensamiento, la información, las ideas y las opiniones por cualesquiera medios apropiados que se elijan, para hacerlo llegar al mayor número de destinatarios³²; (b) para garantizar efectivamente esta libertad, el Estado no sólo debe proteger el ejercicio del derecho a hablar o escribir las ideas y la información, sino que está en el deber de no restringir su difusión a través de la prohibición o regulación desproporcionada de los medios escogidos para que los destinatarios puedan recibirlos³³;

²⁹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

³⁰ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

³¹ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

³² Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

³³ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero

y (c) cuando la Convención Americana establece que la libertad de expresión comprende el derecho a difundir informaciones e ideas “por cualquier [...] procedimiento”, está estableciendo que la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, y en ese sentido cualquier limitación de los medios y posibilidades de difusión de la expresión es, directamente y en la misma medida, una afectación de la libertad de expresión³⁴—lo cual implica, entre otras, que las restricciones a los medios de comunicación son también restricciones de la libertad de expresión³⁵. Por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana explicó que el respeto por la libertad de expresión obliga a los Estados no solamente a permitir que las personas se expresen verbalmente o por escrito, sino a no impedir que difundan sus expresiones a través de medios tales como la publicación de un libro. En términos de la Corte Interamericana, “para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información”³⁶.

de 2001. Serie C No. 73, párr. 65; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

³⁴ Corte I.D.H., *Caso López Alvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 72; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 78; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 36.

³⁵ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 36.

³⁶ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73.

26. *El derecho a la expresión artística o simbólica, a la difusión de la expresión artística, y al acceso al arte, en todas sus formas*³⁷.

27. *El derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole.* Según han explicado la CIDH y la Corte Interamericana, el derecho a la libertad de expresión también faculta a sus titulares para buscar, procurar, obtener y recibir todo tipo de información, ideas, expresiones, opiniones y pensamientos. El derecho de acceso a la información, particularmente a la información que está en poder del Estado, es una manifestación específica y crucial de esta libertad, que ha merecido especial atención en el sistema interamericano.

28. *El derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados, con el derecho correlativo a actualizarla, rectificarla o enmendarla.*

29. *El derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla.* Los organismos interamericanos han protegido esta manifestación de la libertad de expresión, por ejemplo, en casos de posesión de periódicos o medios impresos para la distribución o uso personal³⁸, o de posesión, transporte, envío y recepción de libros³⁹.

2. Tipos de discurso protegidos según su contenido

a. Presunción de cobertura ab initio para todo tipo de expresiones, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores

30. En principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la

³⁷ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. b).

³⁸ CIDH. Informe No. 3/98. Caso No. 11.221. *Tarcisio Medina Charry*. Colombia. 7 de abril de 1998, párr. 77.

³⁹ CIDH. Informe No. 2/96. Caso No. 10.325. *Steve Clark y otros*. Granada. 1º de marzo de 1996.

que cuenten. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público.

31. De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁴⁰. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática⁴¹. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión “en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”⁴²; y se ha

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., *Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., *Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁴² CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

enfaticado que las restricciones a la libertad de expresión “no deben ‘perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia’”⁴³. En igual orden de ideas, resulta claro que el deber de no interferir con el derecho de acceso a la información de todo tipo, se extiende a la circulación de información, ideas y expresiones que puedan o no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado⁴⁴.

b. Discursos especialmente protegidos

32. Si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En la jurisprudencia interamericana, tales modos de discurso especialmente protegidos son los tres siguientes: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

i. Discurso político y sobre asuntos de interés público

33. El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública

⁴³ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁴⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso “*LA Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. c).

y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público⁴⁵.

34. En este mismo sentido, la jurisprudencia interamericana ha definido la libertad de expresión como, “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”⁴⁶; ha enfatizado que la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción; y ha señalado que en el debate sobre asuntos de interés público, se protege tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población⁴⁷.

⁴⁵ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 57 y 87; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 84, 86 y 87; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.

⁴⁶ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. c).

⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 88; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 152; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83.

35. En consecuencia, las expresiones, informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y sus instituciones, gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, lo cual implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica⁴⁸. En una sociedad democrática, dada la importancia del control de la gestión pública a través de la opinión, hay un margen reducido a cualquier restricción del debate político o de cuestiones de interés público⁴⁹.

36. Por ejemplo, en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana consideró que la denuncia sobre el uso de una interceptación ilegal de una conversación privada de un abogado por parte del Procurador General de la Nación, en un contexto de intensos cuestionamientos sobre la facultad del funcionario estatal para ordenar interceptaciones, era un asunto de interés público actual. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que, “la forma en que un funcionario público de alta jerarquía, como lo es el Procurador General de la Nación, realiza las funciones que le han sido atribuidas por ley, en este caso la interceptación de comunicaciones telefónicas, y si las efectúa de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional, reviste el carácter de interés público. Dentro de la serie de cuestionamientos públicos que se estaban haciendo al ex Procurador por parte de varias autoridades del Estado,

⁴⁸ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 125; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2.c).

⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155.; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

como el Defensor del Pueblo y el Presidente de la Corte Suprema, fue que la víctima, en conferencia de prensa, afirmó que dicho funcionario público había grabado una conversación telefónica y que la había puesto en conocimiento de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados [...]. La Corte [Interamericana] considera que el señor Tristán Donoso realizó manifestaciones sobre hechos que revestían el mayor interés público en el marco de un intenso debate público sobre las atribuciones del Procurador General de la Nación para interceptar y grabar conversaciones telefónicas, debate en el que estaban inmersas, entre otras, autoridades judiciales⁵⁰. En criterio de la Corte Interamericana, la importancia de no inhibir el debate democrático sobre un asunto de interés público es un elemento que debe ser ponderado por el juez al establecer posibles responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión: “el poder judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe ‘ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública’⁵¹.”

37. La importancia prevaleciente de la discusión sobre asuntos de interés público conduce, además, a la protección reforzada del derecho de acceso a la información sobre asuntos públicos. Pese a que este tema será explicado en detalle más adelante, resulta relevante recordar que sólo a través del acceso a la información bajo control del Estado que sea de interés público, los ciudadanos pueden cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas⁵².

38. En forma conexas, la jurisprudencia interamericana ha resaltado la importancia del rol de los medios de comunicación en la información amplia sobre asuntos de interés público que afectan

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 121.

⁵¹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 123.

⁵² Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 86.

a la sociedad⁵³; ha explicado en este sentido que la libertad de expresión otorga, tanto a los directivos de medios de comunicación como a los periodistas que laboran en ellos, el derecho de investigar y difundir por esa vía hechos de interés público⁵⁴; y ha explicado que el procesamiento de personas, incluidos periodistas y comunicadores sociales, por el mero hecho de investigar, escribir y publicar información de interés público, viola la libertad de expresión al desestimular el debate público sobre asuntos de interés para la sociedad⁵⁵ y generar un efecto de autocensura⁵⁶.

ii. Discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos

39. Las expresiones, informaciones, ideas y opiniones sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ejercer cargos públicos también gozan de un nivel especial de protección bajo la Convención Americana, por las mismas razones que explican la protección especial del discurso político y sobre asuntos de interés público.

40. Como se mencionó, el control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre su gestión, así como la participación ciudadana más amplia. Por ello, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado. En este sentido, los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una

⁵³ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 57.

⁵⁴ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 157.

⁵⁵ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Kimel Vs. Argentina*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 37.

⁵⁶ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 64. e).

sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública⁵⁷. En efecto, debido a su condición—que implica una mayor influencia social y mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación—éstos tienen más posibilidades de dar explicaciones o responder a los cuestionamientos o las críticas que se les formulen⁵⁸.

41. Dado que las expresiones e informaciones atinentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, y a candidatos a ocupar cargos públicos, gozan de un mayor grado de protección⁵⁹, el Estado debe abstenerse en mayor grado de imponer limitaciones a estas formas de expresión. Tales personas, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o su honra frente a las demás personas, y correlativamente, deben tener un umbral mayor de tolerancia ante la crítica⁶⁰. En este sentido, dado que el derecho a la libertad de ex-

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86-88; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 152 y 155, Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 125 a 129; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 87; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 122.

⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 82.

⁶⁰ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86-88; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia

presión habilita al individuo y a la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes sobre todos los aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad, este derecho cubre debates que pueden ser críticos e incluso ofensivos para los funcionarios públicos, los candidatos a ocupar cargos públicos o las personas vinculadas a la formación de la política pública⁶¹. En términos de la CIDH, “el tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública”⁶². Ello no implica que los funcionarios públicos no puedan ser judicialmente protegidos en cuanto a su honor cuando éste sea objeto de ataques injustificados, pero han de serlo de forma acorde con los principios del pluralismo democrático⁶³, y a través de mecanismos que no tengan la potencialidad de generar inhibición ni autocensura.

42. Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha señalado que la libertad de expresión comprende el derecho a hacer denuncias sobre violaciones a los derechos humanos por parte de funcionarios públicos; que la obstrucción de este tipo de denuncias o su silenciamiento conlleva una violación de la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva⁶⁴; y que, en

de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 83-84; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 152 y 155; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107., párrs. 125 a 129; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 87.

⁶¹ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. c).

⁶² CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III Apartado B. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁶³ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.

⁶⁴ CIDH. Informe No. 20/99. Caso No. 11.317. *Rodolfo Robles Espinoza e Hijos*. Perú. 23 de febrero de 1999.

una sociedad democrática, la prensa tiene derecho a informar libremente y criticar al gobierno, y el pueblo tiene derecho a ser informado sobre distintas visiones de lo que ocurre en la comunidad. En particular, se encuentran especialmente protegidas las denuncias por las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado⁶⁵.

43. Distintas decisiones de la CIDH y la Corte Interamericana ilustran el tipo de discursos que quedan cobijados bajo este nivel reforzado de protección. Un ejemplo de esta regla se presenta en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Palamara había sido condenado penalmente por desacato, en virtud de declaraciones críticas que había realizado contra los funcionarios de la justicia penal militar que instruían un proceso en su contra.

44. La Corte Interamericana, aludiendo a las declaraciones de Palamara ante los medios en las cuales criticó la actuación de la justicia penal militar en su caso, estableció que resultaba “lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”⁶⁶. La Corte Interamericana encontró que este estándar resultaba aplicable a las declaraciones críticas de Palamara frente a las actuaciones de la justicia penal militar en relación con el proceso que se le seguía. En términos de la Corte Interamericana, “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor

⁶⁵ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143. g) y h).

⁶⁶ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 82.

tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales. Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”⁶⁷.

45. En la misma línea, en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*⁶⁸, la Corte Interamericana consideró que estaba especialmente protegida la reproducción fiel en un diario local de ciertas afirmaciones publicadas en la prensa europea, que comprometían seriamente la reputación de un alto funcionario público costarricense destacado en Bélgica. Tales publicaciones se referían a la supuesta comisión de delitos graves por parte del (entonces) representante diplomático de Costa Rica ante la Organización Internacional de la Energía Atómica, en el marco de un supuesto pago de comisiones ilegales. La Corte Interamericana, resaltando que, en relación con las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, siempre debe distinguirse las expresiones referidas a personas públicas de las que aluden a particulares, explicó que, “es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”⁶⁹. También señaló que, “el acento de este umbral di-

⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 82.

⁶⁸ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

⁶⁹ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.

ferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”⁷⁰.

46. Un tercer caso de la Corte Interamericana que muestra los discursos que reciben especial protección bajo la Convención Americana es *Ricardo Canese Vs. Paraguay*⁷¹. En este caso, la Corte Interamericana estudió la situación de Ricardo Canese, candidato presidencial en la contienda electoral paraguaya de 1992, quien fue objeto de una condena penal por el delito de difamación como consecuencia de afirmaciones que hizo mientras era candidato y en el curso de la campaña, señalando que su contraparte en el proceso electoral había sido el “prestanombre” de la familia del antiguo dictador Stroessner y representado veladamente sus intereses económicos en un consorcio que participó en la construcción y desarrollo del Complejo Hidroeléctrico de Itaipú. A raíz de estas declaraciones y a partir de una querrela criminal presentada por ciertos socios de tal consorcio, Canese fue condenado por el delito de difamación a pena privativa de la libertad, al pago de una multa, y durante el proceso fue afectado por una prohibición permanente para salir del país que fue levantada únicamente en circunstancias excepcionales y de forma inconsistente. La Corte Interamericana, luego de resaltar la importante función democrática del ejercicio pleno de la libertad de expresión, y su trascendencia acentuada en el ámbito electoral, concluyó que en este caso se había presentado una violación de la libertad de expresión protegida por el artículo 13. Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana tuvo en cuenta particularmente que las declaraciones de Canese se habían

⁷⁰ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 129.

⁷¹ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

realizado en el contexto de una campaña electoral presidencial respecto de asuntos de interés público, “circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”, motivo por el cual en este caso “el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”⁷².

47. Al igual que en sus anteriores decisiones, la Corte Interamericana concluyó que el proceso y la sanción penal aplicados a Canese constituyeron una sanción innecesaria y excesiva, que limitó el debate abierto sobre temas de interés público y restringió la libertad de expresión del afectado durante el resto de la campaña electoral. En términos de la Corte Interamericana, “se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público”⁷³. Así, se trató de una restricción o limitación a la libertad de expresión excesiva en una sociedad democrática, contraria al artículo 13 de la Convención Americana.

48. Un cuarto caso de la Corte Interamericana que ilustra esta misma regla es *Kimel Vs. Argentina*⁷⁴. En este caso, la Corte Interamericana estudió la situación del periodista y escritor argentino, Eduardo Kimel, que había escrito y publicado un libro en el cual criticaba duramente la actuación de un juez, para entonces retirado, que durante su servicio activo había tenido la tarea de investigar la comisión de una masacre contra ciertos religiosos durante el período de la dictadura militar. En el libro, Kimel afirmaba que el juez había actuado en forma condescendiente con la dictadura, ya que, habiendo conocido indicios de que el crimen había sido ordenado por los altos mandos militares, paralizó la investigación⁷⁵. El

⁷² Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 105.

⁷³ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 106.

⁷⁴ Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

⁷⁵ El fragmento relevante del libro de Kimel que se cita en el fallo de la Corte Interamericana es el siguiente: “[el] juez Rivarola realizó todos los trámites in-

juez retirado promovió, con ocasión del libro, un proceso criminal por calumnia contra Kimel, quien resultó condenado a un año de prisión (en suspenso) y a una indemnización monetaria por causa de su publicación. La Corte Interamericana consideró que se había presentado en este caso una violación del artículo 13 de la Convención Americana por haberse utilizado en forma innecesaria y desproporcionada el poder punitivo del Estado, conclusión a la que llegó teniendo en cuenta, entre otros factores, (i) que la crítica de Kimel se formuló sobre temas de notorio interés público, y (ii) que el libro en cuestión se refería a las actuaciones de un juez en ejercicio de su cargo. A este respecto, la Corte Interamericana resaltó que en tanto funcionario público, el juez criticado estaba expuesto a un nivel más amplio de crítica por la opinión pública; que “[el] control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”, por lo cual éstos deben mostrar “mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático”, puesto que “tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público”; y que en el debate sobre asuntos de interés público, la Convención Americana protege tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como “aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”, dado que “en una sociedad democrática, la prensa debe informar am-

herentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.” Corte I.D.H., Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr.42.

pliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas⁷⁶.

49. Un quinto caso es *Tristán Donoso Vs Panamá*, donde la Corte Interamericana protegió los derechos del abogado Tristán Donoso, condenado por el delito de calumnia, debido a las acusaciones que efectuó contra el Procurador General de la Nación en una rueda de prensa en la que afirmó que ese funcionario había interceptado y usado ilegalmente sus comunicaciones privadas. Con posterioridad, el funcionario estatal resultó judicialmente absuelto de tal acusación. En esta sentencia, la Corte Interamericana recordó que, “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático⁷⁷. Asimismo, indicó que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público⁷⁸.”

50. La Corte Interamericana consideró que en este caso las sanciones impuestas habían resultado desproporcionadas. En primer lugar, la Corte Interamericana tuvo en cuenta que las afirmaciones por las cuales Tristán Donoso fue condenado se referían a “una persona que ostentaba uno de los más altos cargos públicos en su país [el Procurador]⁷⁹”. Asimismo, el tribunal entendió que se trataba de un tema de interés público, dado el contexto y el amplio debate bajo el cual se habían efectuado tales afirmaciones. Finalmente, la

⁷⁶ Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 87 y 88.

⁷⁷ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 115.

⁷⁸ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 115.

⁷⁹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 122.

Corte Interamericana consideró que, dados los elementos de juicio con los cuales contaba el abogado al momento de proferir las aseveraciones estudiadas, “no era posible afirmar que su expresión estuviera desprovista de fundamento, y que consecuentemente hiciera del recurso penal una vía necesaria”⁸⁰. Todo lo anterior, a pesar de que Tristán Donoso efectivamente imputó al Procurador General de la Nación la comisión de un delito del cual luego fue absuelto judicialmente.

51. A diciembre de 2009, el último caso estudiado por la Corte Interamericana en la materia que nos ocupa es el caso *Usón Ramírez Vs Venezuela*. Usón, militar en retiro, fue condenado por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional” por haber emitido varias opiniones críticas de la actuación de dicha institución en el llamado caso del “Fuerte Mara”. En dicho caso, un grupo de soldados resultó gravemente quemado en una celda de castigo. Usón fue condenado específicamente por haber afirmado en un programa de televisión que, de ser cierta la información que estaba circulando sobre el tipo y grado de las quemaduras, los soldados habrían sido agredidos de forma premeditada con un lanzallamas. A juicio de Usón, el tipo de quemaduras que describía el padre de uno de los soldados sólo podía ser el resultado del uso de este tipo de arma. Asimismo, de acuerdo con Usón, su utilización tenía que ser premeditada debido a las diferentes acciones que debían agotarse para llevar el lanzallamas hasta ese lugar, cargarlo y activarlo, temas en los cuales tenía conocimiento dado que había pertenecido a las Fuerzas Armadas. Como consecuencia de las declaraciones emitidas, Usón Ramírez fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional” establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, según el cual, “incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”.

⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 126.

52. En este caso, la Corte Interamericana estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía las exigencias del principio de legalidad, pues no resultaba claramente establecido cuál era el ámbito de la conducta protegida por el derecho a la libertad de expresión y cuál el ámbito de la sanción por “injuria a la Fuerza Armada Nacional”. Asimismo, la Corte Interamericana entendió que la aplicación del derecho penal al caso estudiado, no era idónea, necesaria y proporcional. La Corte Interamericana consideró que las afirmaciones de Usón estaban especialmente protegidas por referirse a entidades del Estado sobre las que había un importante debate público: “los señalamientos realizados por el señor Usón Ramírez se relacionaban con temas de notorio interés público. No obstante la existencia de un interés público sobre lo acontecido en el Fuerte Mara, dependencia de las Fuerzas Armadas del Estado, el señor Usón Ramírez fue juzgado y condenado sin que se tuvieran en cuenta los requisitos que se desprenden de la Convención Americana referentes a la mayor tolerancia que exigen aquellas afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio del control democrático”⁸¹. La Corte Interamericana encontró que el Estado violó, entre otros, el principio de legalidad y el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, reconocidos en los artículos 9, 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de Francisco Usón Ramírez. En consecuencia, la Corte Interamericana ordenó al Estado dejar sin efecto, en el plazo de un año, el proceso penal militar y modificar, en un plazo razonable, el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar.

iii. Discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales

53. Un tercer tipo de expresión que goza de especial protección bajo la Convención Americana agrupa los discursos que expresan

⁸¹ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 83

elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad de quien se expresa.

54. La jurisprudencia interamericana ha abordado expresamente este punto haciendo alusión al uso de la lengua de grupos étnicos o minoritarios. Ésta ha señalado que la utilización de la lengua propia es uno de los elementos más importantes dentro de la identidad de una etnia, ya que garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura; y que ésta es uno de los elementos que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población general y que conforman su identidad cultural. Por ello, ha concluido que la prohibición de usar la lengua propia, en tanto forma de expresión de la pertenencia a una minoría cultural, es especialmente grave y atenta contra la dignidad personal de sus miembros; y además resulta discriminatoria⁸².

55. Esta fue la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el caso *López Álvarez Vs. Honduras*, en el cual examinó la prohibición impuesta por el director de un centro penal a la población garífuna que se encontraba allí recluida, de hablar en su propio idioma, y concluyó que se trataba de una restricción que no sólo era innecesaria e injustificada, sino que resultaba particularmente grave, “ya que el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna. De ese modo, la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad. [...] Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”⁸³.

56. Otras formas discursivas que, de conformidad con el razonamiento anterior, han de gozar de especial nivel de protección por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad per-

⁸² Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141. párr. 169.

⁸³ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141. párr. 169.

sonales, son el discurso religioso y aquellas que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. En efecto, de una parte, el artículo 12.1 de la Convención Americana, al proteger la libertad de conciencia y de religión, dispone expresamente que este derecho implica “la libertad de profesar y divulgar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”; y el artículo 12.3 establece que “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. Asimismo, por su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente protegidos se encuentran aquéllos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. A este respecto, cabe recordar que la resolución 2435 (XXXVIII-O/08)⁸⁴ de la Asamblea General de la OEA, marcó un hito a nivel internacional en la materia.

3. Discursos no protegidos por la libertad de expresión

57. Sin perjuicio de la presunción de cobertura *ab initio* de toda forma de expresión humana por la libertad de expresión, existen ciertos tipos de discurso que, por virtud de prohibiciones expresas plasmadas en el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentran excluidos del ámbito de cobertura de esta libertad. Son principalmente tres los discursos que no gozan de protección bajo el artículo 13 de la Convención Americana, según los tratados vigentes:

58. *La propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia.* El artículo 13.5 de la Convención Americana dispone expresamente que, “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. La CIDH ha indicado, siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la im-

⁸⁴ Asamblea General de la OEA. Resolución 2435 (XXXVIII-O/08).

posición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos⁸⁵. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al orden establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes. En una democracia, la legitimidad y fortaleza de las instituciones se arraigan y fortalecen gracias al vigor del debate público sobre su funcionamiento y no a su supresión. Asimismo, la jurisprudencia interamericana ha indicado claramente que, para que se imponga cualquier sanción en nombre de la defensa del orden público (entendido como la seguridad, salubridad o moralidad pública), es necesario demostrar que el concepto de “orden” que se está defendiendo no es autoritario, sino un orden democrático, entendido como la existencia de las condiciones estructurales para que todas las personas, sin discriminación, puedan ejercer sus derechos en libertad, con vigor y sin miedo a ser sancionados por ello. En efecto, para la Corte Interamericana, en términos generales, el “orden público” no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real. Si este concepto se invoca como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre

⁸⁵ Al respecto, ver los siguientes casos del Tribunal Europeo: *Karatas v. Turquía* [GC], no. 23168/94. ECHR 1999-IV; *Gerger v. Turquía* [GC], no. 24919/94, 8 de julio de 1999; *Okcuoglu v. Turquía* [GC], no. 24246/94, 8 de julio de 1999; *Arslan v. Turquía* [GC], no. 23462/94, 8 de julio de 1999; *Erdogdu v. Turquía*, no. 25723/94, § 69, ECHR 2000 – VI. Asimismo: Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 77.

los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana⁸⁶.

59. *La incitación directa y pública al genocidio*, proscrita tanto a nivel del derecho internacional convencional—por el artículo III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio—como del derecho internacional consuetudinario.

60. *La pornografía infantil*, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 34.c), por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (artículo 3.b). Esta prohibición, leída en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana, en virtud de la cual, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalentes de los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de la protección provisto por la libertad de expresión.

D. Limitaciones a la libertad de expresión

1. *Admisibilidad de limitaciones bajo la Convención Americana*

61. La libertad de expresión no es un derecho absoluto⁸⁷. El artículo 13 de la Convención Americana dispone expresamente—en

⁸⁶ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

⁸⁷ Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel VS. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 54; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa VS. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso VS. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 110; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros VS. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros VS. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 117; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

sus incisos 2, 4 y 5—que puede estar sujeta a ciertas limitaciones, y establece el marco general de las condiciones que dichas limitaciones deben cumplir para ser legítimas⁸⁸. La regla general se encuentra establecida en el inciso 2, en virtud del cual, el “ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Por su parte, el inciso 4 dispone que, “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. El inciso 5 establece que, “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

62. Al interpretar este artículo, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado un *test tripartito* para controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual éstas deben cumplir con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo la Convención Americana. Estas condiciones se explican en detalle a continuación. La CIDH y la Corte Interamericana también han considerado: (a) que ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles, y (b) que algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas

⁸⁸ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 35; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.a).

bajo la Convención Americana—tema que igualmente se explica más adelante.

63. Las reglas atinentes a la admisibilidad de las restricciones se aplican a todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, deben cumplir con estas condiciones las limitaciones impuestas a la expresión de los pensamientos e ideas propios, al acceso, la difusión y la circulación de la información, y a los medios de comunicación⁸⁹.

64. Por otra parte, las reglas sobre las condiciones que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión para ser legítimas, se aplican tanto a las leyes que las establecen como tales, como a las decisiones y los actos administrativos, judiciales, policiales o de cualquier otra índole que las materializan, es decir, a toda manifestación del poder estatal que incida sobre el pleno ejercicio de la libertad de expresión⁹⁰. Los tipos de actos estatales constitutivos de limitaciones a la libertad de expresión sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia interamericana incluyen: decisiones de fiscales y jueces que forman parte de la justicia penal militar adoptadas en el curso de los procesos que adelantan⁹¹, órdenes impartidas por miembros de la fuerza pública a sus subordinados⁹², órdenes impartidas por los directores de centros de reclusión sobre el comportamiento de los internos⁹³, decisiones de jueces penales⁹⁴,

⁸⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 36.

⁹⁰ Corte I.D.H., *Caso López Alvarez Vs. Honduras*. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 165.

⁹¹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁹² Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁹³ Corte I.D.H., *Caso López Alvarez Vs. Honduras*. Sentencia del 1º de febrero de 2006, Serie C No. 141.

⁹⁴ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

actos administrativos propios del Poder Ejecutivo⁹⁵, e incluso normas legales y constitucionales⁹⁶, entre otros.

65. También ha explicado la Corte Interamericana que la concordancia entre las limitaciones a la libertad de expresión y la Convención Americana se debe evaluar con referencia a los hechos del caso en su totalidad y a las circunstancias y el contexto en el cual ocurrieron, no solo sujetándose al estudio del acto en cuestión⁹⁷. En este sentido, en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana afirmó que tanto el contexto en el cual se producen las expresiones objeto de juicio, como la importancia del debate democrático sobre temas de interés público, son elementos que deben ser positivamente valorados por el juez al establecer posibles responsabilidades ulteriores: “el [P]oder [J]udicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe ‘ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública’”⁹⁸.

2. Condiciones que deben cumplir las limitaciones para ser legítimas según la Convención Americana

a. Regla general: Compatibilidad de las limitaciones con el principio democrático

66. En términos generales, la jurisprudencia interamericana ha explicado que, “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”⁹⁹;

⁹⁵ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.

⁹⁶ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

⁹⁷ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 154.

⁹⁸ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 123.

⁹⁹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

que “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención [Americana]”¹⁰⁰; y que “la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática”¹⁰¹. En los párrafos que siguen se explican las condiciones específicas que surgen de esta regla general.

b. Condiciones específicas derivadas del artículo 13.2: El test tripartito

67. Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

68. Corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas. Por otra parte, todas las condiciones enunciadas deben ser cumplidas simultáneamente para que las limitaciones impuestas sean legítimas bajo la Convención Americana. A continuación se explica con mayor detalle el contenido de cada una de ellas.

¹⁰⁰ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹⁰¹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

i. Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa

69. Toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley¹⁰², tanto en el sentido formal como material¹⁰³. Lo anterior significa que el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto al ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos.

70. En este sentido, las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos.

71. Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones

¹⁰² Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 39-40; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 117; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. a).

¹⁰³ A este respecto, es aplicable la definición de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-6/86, según la cual la expresión "leyes" no significa cualquier norma jurídica, sino actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común.

por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades.

72. Cuando se trata de limitaciones a la libertad de expresión impuestas por normas penales, la Corte Interamericana ha señalado que se deben satisfacer adicionalmente las exigencias propias del principio de estricta legalidad: “si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”¹⁰⁴. Lo anterior se concreta en la necesidad de “utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”¹⁰⁵, lo cual implica “una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”¹⁰⁶. También ha señalado la Corte Interamericana que cuando se trata de normas penales militares, “éstas deben establecer claramente y sin ambigüedad, *inter alia*, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar y deben determinar la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción”¹⁰⁷. En resumen, a juicio de la Corte Interamericana, la tipificación de un delito debe formularse “en forma expresa, precisa, taxativa y

¹⁰⁴ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

¹⁰⁵ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

¹⁰⁶ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

¹⁰⁷ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 126.

previa”¹⁰⁸, debido a que “el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, teniendo en cuenta que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”¹⁰⁹.

73. Así por ejemplo, en el caso *Usón Ramírez Vs Venezuela*, la Corte Interamericana consideró que los términos en los que estaba redactado el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional”, por el que se había condenado a Usón, no superaba los estándares mínimos exigidos por el principio de estricta legalidad y, en consecuencia, vulneraba lo dispuesto en los artículos 9 y 13.2 de la Convención Americana. Al respecto, la sentencia señala que: “la Corte [Interamericana] observa que el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar¹¹⁰ no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria¹¹¹. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo se limita

¹⁰⁸ Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 54; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No.135, párr. 63.

¹⁰⁹ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

¹¹⁰ Dicho artículo dispone que, “incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”.

¹¹¹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 92.

a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo. Esta afirmación adquiere mayor contundencia cuando, de acuerdo a lo expuesto por el propio perito propuesto por el Estado¹¹² en la audiencia pública del presente caso, en Venezuela 'no existe una definición legal de lo que es honor militar'¹¹³. A juicio de la Corte Interamericana, una tipificación como la consagrada en el Código Orgánico de Justicia Militar para describir el delito de "injuria a la Fuerzas Armada Nacional", no respondía "a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la Convención [Americana] y a aquéllas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades ulteriores"¹¹⁴.

ii. Las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana

74. Las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente éstos los objetivos autorizados por la Convención Americana, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión protegida por el artículo 13.

¹¹² Peritaje del señor Ángel Alberto Bellorín rendido ante la Corte Interamericana en audiencia pública celebrada el 1 de abril de 2009.

¹¹³ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 56

¹¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 57

75. Los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma el contenido de estos objetivos para efectos de justificar una limitación de la libertad de expresión en casos concretos. La jurisprudencia interamericana se ha detenido en la interpretación de algunos de ellos, concretamente, en la noción de “protección de los derechos de los demás”, y de la noción de “orden público”, tal y como se indica a continuación.

- La “protección de los derechos de los demás” como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión

76. La CIDH y la Corte Interamericana han explicado que el ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos; y que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de las responsabilidades ulteriores necesarias para lograr tal balance¹¹⁵. Se ha hecho particular énfasis a lo largo de la jurisprudencia interamericana en las pautas que deben regir este ejercicio de ponderación y armonización cuando quiera que el ejercicio de la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho a la honra, reputación y buen nombre de los demás. Por la importancia de las reglas establecidas en torno a tales conflictos, este tema se abordará por separado en el presente capítulo.

77. Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que en los casos en que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación. Si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias.

78. También ha precisado la Corte Interamericana que no se puede invocar la protección de la libertad de expresión o de la libertad de información como un objetivo que justifique a su turno restringir la libertad de expresión o de información, puesto que ello constituye una antinomia: “resulta en principio contradictorio in-

¹¹⁵ Corte I.D.H., *Caso de Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

vocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto¹¹⁶. En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha indicado que tampoco se puede justificar la imposición de un sistema de control a la libertad de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe, ya que ello puede ser fuente de grandes abusos, y en el fondo es violatorio del derecho a la información que tiene la sociedad¹¹⁷, el cual incluye el derecho a estar informada sobre las distintas interpretaciones y visiones del mundo, y a escoger aquélla que considere más adecuada.

79. En cualquier caso, como se explica más adelante, si se presenta efectivamente un abuso de la libertad de expresión que cause un perjuicio a los derechos ajenos, se debe acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio: en primer lugar, al derecho de rectificación o respuesta consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana; si ello no bastare, y se demuestra la existencia de un daño grave causado con la intención de dañar o con evidente desprecio por la verdad, podría acudirse a mecanismos de responsabilidad civil que cumplan con las condiciones estrictas derivadas del artículo 13.2 de la Convención Americana. Finalmente, respecto a la utilización de mecanismos penales, resulta relevante mencionar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos, políticos o personas vinculadas a la formación de las políticas públicas mediante el mecanismo penal—a través del procesamiento o condena penales de quienes se expresan bajo los tipos penales de calumnia,

¹¹⁶ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 77.

¹¹⁷ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 77.

injuria, difamación o desacato—resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática. Este tema se estudia con detalle más adelante en el presente capítulo.

- Contenido de la noción de “orden público” para efectos de la imposición de limitaciones a la libertad de expresión

80. Para la Corte Interamericana, en términos generales, el “orden público” no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real. Si este concepto se invoca como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana¹¹⁸.

81. En este orden de ideas, para efectos de las limitaciones a la libertad de expresión, la Corte Interamericana define el “orden público” como “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”¹¹⁹. Bajo esta definición, es claro para la Corte Interamericana que la defensa del orden público exige la máxima circulación posible de información, opiniones, noticias e ideas, es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión. En términos del tribunal: “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. [...] También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana,

¹¹⁸ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 64.

¹¹⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 64.

que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”¹²⁰. En este mismo sentido, la CIDH ha explicado que una democracia funcional es la máxima garantía del orden público, y que la existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión¹²¹.

82. Por otra parte, cualquier afectación del orden público invocada como justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (“violencia anárquica”). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisibles a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana.

iii. Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden

83. Los Estados que impongan limitaciones a la libertad de expresión están obligados a demostrar que éstas son necesarias en una sociedad democrática para el logro de los objetivos imperiosos que persiguen¹²².

¹²⁰ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 69.

¹²¹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Títulos III y IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹²² Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 120-123; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46.

84. En efecto, el artículo 13.2 de la Convención Americana utiliza la expresión “*ser necesarias*”. El vínculo entre la necesidad de las limitaciones y la democracia se deriva, en criterio de la Corte Interamericana, de una interpretación armónica e integral de la Convención Americana, a la luz del objeto y fin y teniendo en cuenta los artículos 29 y 32, así como su preámbulo: “se desprende de la reiterada mención a las ‘instituciones democráticas’, ‘democracia representativa’ y ‘sociedades democráticas’ que el juicio sobre si una restricción a libertad de expresión impuesta por un Estado es ‘necesaria para asegurar’ uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas. [...] Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la [C]onvención [Americana] y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”¹²³.

85. Ahora bien, el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna”¹²⁴. Para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos.

86. El requisito de “necesidad” también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión¹²⁵.

¹²³ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 44.

¹²⁴ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 122; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹²⁵ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs.

Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado¹²⁶. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.

87. Además, cualquier limitación al derecho a la libertad de expresión debe ser un *instrumento idóneo* para cumplir la finalidad que se busca a través de su imposición—esto es, debe tratarse de una medida efectivamente conducente para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que mediante ella se persiguen—. En otras palabras, las limitaciones deben ser adecuadas para contribuir al logro de finalidades compatibles con la Convención Americana, o estar en capacidad de contribuir a la realización de tales objetivos¹²⁷.

88. Pero las restricciones a la libertad de expresión no sólo deben ser idóneas y necesarias. Asimismo, deben ser *estrictamente proporcionales* al fin legítimo que las justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad¹²⁸. Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si el

121-122; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46.

¹²⁶ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 119.

¹²⁷ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

¹²⁸ Corte I.D.H., *Caso de Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No.177, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 123; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.1.B).

sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen¹²⁹.

89. Según la Corte Interamericana, para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario—grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión. No hay respuestas *a priori* ni fórmulas de aplicación general en este ámbito: el resultado de la ponderación variará en cada caso, en algunos casos privilegiando la libertad de expresión, en otros el derecho contrario¹³⁰. Si la responsabilidad ulterior aplicada en un caso concreto resulta desproporcionada o no se ajusta al interés de la justicia, hay una violación del artículo 13.2 de la Convención Americana.

c. Tipos de limitaciones incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana

90. Por otra parte, también en virtud del artículo 13 se ha establecido que ciertos tipos de limitación son contrarios a la Convención Americana: las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura—por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el ejercicio del derecho—; no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios; no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos como los que proscribire el artículo 13.3 de la Convención Americana; y deben ser excepcionales.

i. Las limitaciones no deben equivaler a censura previa, por lo cual, únicamente pueden ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores y proporcionales

91. Las limitaciones a la libertad de expresión no pueden constituir mecanismos de censura previa directa o indirecta¹³¹. A este

¹²⁹ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83.

¹³⁰ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 84.

¹³¹ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie

respecto se debe tener en cuenta que, salvo por la excepción establecida en el artículo 13.4 de la Convención Americana, las medidas previas de limitación de la libertad de expresión significan inevitablemente el menoscabo de esta libertad. En otras palabras, este derecho no puede ser objeto de medidas de control preventivo o previo, sino de la imposición de responsabilidades posteriores para quien haya abusado de su ejercicio¹³². El contenido de la prohibición de la censura, y las formas de censura directa e indirecta prohibidas por la Convención Americana, se exploran con mayor detalle más adelante.

92. El artículo 13.2 prevé expresamente la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, y es solamente a través de este mecanismo que se deben establecer las restricciones admisibles a la libertad de expresión¹³³. Es decir, las limitaciones siempre se deben establecer a través de leyes que prevean responsabilidades posteriores por conductas definidas legalmente, y no a través de controles previos al ejercicio de la libertad de expresión. Es éste el sentido específico y concreto que la jurisprudencia interamericana ha otorgado expresamente al término “restricciones” o “limitaciones” en el marco de la Convención Americana. En términos de la CIDH, “el artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de li-

C No. 177, párr. 54; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

¹³² Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 39; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 7

¹³³ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 54; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 79; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 58; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

bertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”¹³⁴. Más adelante se explican los alcances que la jurisprudencia ha dado respecto de este tipo de limitaciones.

ii. Las limitaciones no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios

93. Las limitaciones impuestas a la libertad de expresión “no deben ‘perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia’”¹³⁵. Por ello, tales limitaciones no pueden ser discriminatorias, ni producir efectos discriminatorios, ya que ello contrariaría además el artículo 24 de la Convención Americana¹³⁶. Debe recordarse a este respecto que, según el artículo 13 de la Convención Americana, la libertad de expresión es un derecho de “toda persona”; y que en virtud del principio 2 de la Declaración de Principios, “todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

94. La Corte Interamericana ha indicado que un tratamiento diferenciado por razón de la pertenencia de una persona a un medio de comunicación que tenga una línea editorial crítica o independiente, puede quedar comprendido en la categoría prohibida de trato diferenciado por “opiniones políticas”, consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana¹³⁷. Asimismo, la Corte

¹³⁴ CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile., 3 de mayo de 1996, párr. 58.

¹³⁵ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹³⁶ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

¹³⁷ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.

Interamericana ha indicado que el uso de tal categoría (“opiniones políticas”) no depende necesariamente de que la persona realmente hubiere expresado directamente posiciones críticas o disidentes, o incluso de que efectivamente compartiera las posiciones editoriales del medio en el cual trabaja. A este respecto, basta que quien efectúa el trato diferenciado identifique a la persona afectada con el medio crítico y, por esta razón, la discrimine. En este sentido el tribunal ha reconocido la posibilidad de que, “una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”¹³⁸.

95. Otro ejemplo ilustrativo de las limitaciones a la libertad de expresión que son contrarias al artículo 13 de la Convención Americana por su naturaleza discriminatoria, lo provee la citada sentencia de la Corte Interamericana en el caso *López Álvarez Vs. Honduras*¹³⁹. Como ya se explicó, la sentencia de la Corte Interamericana dictaminó que la prohibición impuesta por el director de un centro de reclusión a los miembros de un grupo étnico, para no hablar su propia lengua, resultaba abiertamente discriminatoria contra López Álvarez, en tanto miembro de tal grupo étnico, y era violatoria de la libertad de expresión protegida en la Convención Americana.

iii. Las limitaciones no se pueden imponer a través de medios indirectos como los que proscribe el artículo 13.3 de la Convención Americana

96. Las restricciones a la libertad de expresión no se pueden establecer a través de mecanismos indirectos prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana. En efecto, dicha disposición establece que, “[n]o se puede restringir el derecho de expresión

349; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380.

¹³⁸ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 349; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380.

¹³⁹ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141.

por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En el mismo sentido, el principio 5 de la Declaración de Principios dispone que, “la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. A su turno, el principio 13 de la Declaración de Principios establece que, “la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

97. La Corte Interamericana ha afirmado que el enunciado del artículo 13.3 no es taxativo, puesto que no impide considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas como aquellos derivados de nuevas tecnologías¹⁴⁰. Asimismo, el tribunal ha señalado que la responsabilidad del Estado por restricciones indirectas puede provenir también de actos de particulares cuando el Estado omite su deber de garantía considerando la previsibilidad de un riesgo real o

¹⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367.

inmediato, o cuando deja de cumplir con su deber de protección¹⁴¹. Estas restricciones pueden darse incluso cuando de ellas no se deriva una *ventaja* para los funcionarios públicos que las generan o toleran, siempre y cuando “la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”¹⁴².

iv. Carácter excepcional de las limitaciones

98. Las limitaciones impuestas deben ser la excepción a la regla general de respeto por el pleno ejercicio de la libertad de expresión¹⁴³. A este respecto, la CIDH y la Corte Interamericana han examinado si las limitaciones puntuales se insertan dentro de un patrón o tendencia estatal en el sentido de limitar o restringir indebidamente el ejercicio de este derecho, caso en el cual serán inadmisibles por carecer de dicho carácter excepcional. La razón lógica que subyace a esta condición es que las limitaciones reguladas en el artículo 13.2 sólo proceden de manera restringida, en tanto garantía de la libertad de expresión para que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión no queden excluidos *a priori* del debate público¹⁴⁴.

¹⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrs. 107 a 110 y 340; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrs. 118 a 121 y 367.

¹⁴² Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 368; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340.

¹⁴³ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. a); Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 110.

¹⁴⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. e).

3. Estándares de control más estrictos para ciertas limitaciones en atención al tipo de discurso sobre el que recaen

99. Como se explicó anteriormente, existen ciertas formas de discurso que encuentran un nivel reforzado de protección, a saber: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público, (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o sobre candidatos a ejercer cargos públicos, y (c) el discurso que expresa un elemento esencial de la identidad o la dignidad personales. Este nivel mayor de protección va aparejado de una serie de criterios más estrictos para verificar la validez de las limitaciones que se impongan sobre tales discursos por parte de las autoridades. En términos de la jurisprudencia interamericana, existe un margen muy reducido para la imposición de restricciones a estas formas de expresión.

100. En primer lugar, la CIDH y la Corte Interamericana han sostenido consistentemente que el *test* de necesidad de las limitaciones debe ser aplicado en forma más estricta cuando quiera que se trate de expresiones atinentes al Estado, a asuntos de interés público, a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, así como al discurso y debate políticos¹⁴⁵.

101. En segundo lugar, en estos casos, el análisis de proporcionalidad de la medida debe tener en cuenta: (1) el mayor grado de protección del que gozan las expresiones atinentes a la idoneidad de los funcionarios públicos y su gestión o de quienes aspiran a ejercer cargos públicos; (2) el debate político o sobre asuntos de interés público—dada la necesidad de un mayor margen de apertura para el debate amplio requerido por un sistema democrático y el

¹⁴⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte I.D.H., *Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

control ciudadano que le es inherente—; y (3) el correlativo umbral de mayor tolerancia a la crítica que las instituciones y funcionarios estatales deben demostrar frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de tal control democrático. En tales casos, los requisitos de protección del derecho a la honra y reputación de estas personas se deben ponderar en relación con los intereses de un debate abierto sobre asuntos públicos¹⁴⁶. Sobre este punto, por ejemplo, en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana recordó que, “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”¹⁴⁷.

4. Medios de limitación de la libertad de expresión para proteger los derechos ajenos a la honra y a la reputación

a. Reglas generales

102. La jurisprudencia interamericana ha considerado, en términos generales, que el ejercicio de los derechos fundamentales se debe hacer con respeto por los demás derechos; y que, en el proceso de armonización, el Estado juega un rol medular mediante el establecimiento de los límites y responsabilidades necesarias para dicho propósito¹⁴⁸.

103. La honra, dignidad y reputación también son derechos humanos consagrados en el artículo 11 de la Convención Americana que imponen límites a las injerencias de los particulares y del Estado¹⁴⁹. Según el artículo 13.2 de la Convención Americana, la

¹⁴⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135; y Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

¹⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115.

¹⁴⁸ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 75.

¹⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 55; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción

protección de la honra y reputación de los demás puede ser un motivo para establecer restricciones a la libertad de expresión, es decir, puede ser un motivo para fijar responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de dicha libertad¹⁵⁰. Sin embargo, es claro—como se mencionó anteriormente—que el ejercicio del derecho a la honra, dignidad y reputación debe armonizarse con el de la libertad de expresión, puesto que no ocupa una jerarquía o nivel superior¹⁵¹. El honor de los individuos debe ser protegido sin perjudicar el ejercicio de la libertad de expresión ni el derecho a recibir información. Cuando se presenta en un Estado una tendencia o patrón en el sentido de preferir el derecho a la honra sobre la libertad de expresión y restringir esta última cuando existe tensión, en todo caso, se violenta el principio de armonización concreta que surge de la obligación de respetar y garantizar el conjunto de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana¹⁵².

104. En efecto, en este orden de ideas, la garantía del ejercicio simultáneo de los derechos a la honra y a la libertad de expresión se debe realizar mediante un ejercicio de ponderación y balance en cada caso concreto, basado en un juicio que atienda a las características y circunstancias del caso particular, y al peso ponderado de cada uno de los derechos atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁵³.

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr.111.

¹⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr.71; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 118.

¹⁵¹ CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 70.

¹⁵² CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. i).

¹⁵³ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 93.

105. Ahora bien, en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la prevalencia en principio (o prevalencia *prima facie*) de la libertad de expresión pues, dado el interés del debate sobre asuntos públicos, este derecho adquiere un valor ponderado mayor. Justamente a esto se refieren la CIDH y la Corte Interamericana al indicar que las expresiones de interés público constituyen un discurso objeto de especial protección bajo la Convención Americana. Para la Corte Interamericana, la especial protección de las expresiones referidas a funcionarios públicos o a asuntos de interés público se ha justificado, entre otras razones, en la importancia de mantener un marco jurídico que fomenta la deliberación pública y en el hecho de que los funcionarios se exponen voluntariamente a un mayor escrutinio social y tienen mejores condiciones para dar explicaciones o responder ante los hechos que los involucren. A este respecto, la Corte Interamericana ha establecido que, “el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [...]. Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”¹⁵⁴. La Corte Interamericana ha reconocido expresamente que en el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad¹⁵⁵. Ello es así porque se asume

¹⁵⁴ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 122.

¹⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177., párr. 86.; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 103.

que en una sociedad democrática las instituciones o entidades del Estado, como tales, están expuestas al escrutinio y a la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público¹⁵⁶. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza¹⁵⁷. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático¹⁵⁸. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática¹⁵⁹, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público¹⁶⁰.

106. Por otra parte, la Corte Interamericana ha considerado que otorgar una “protección automática” a la reputación de las instituciones del Estado y sus miembros, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana. En el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana afirmó que, “establecer sanciones desproporcionadas por realizar opiniones sobre un supuesto hecho ilícito de interés público que involucraba a instituciones militares y sus miembros, contemplando así una protección mayor y automática al honor o reputación de éstos, sin consideración acerca de la mayor protección debida al ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad de-

¹⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 129; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86.; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 103.

¹⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 129; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 92.

¹⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151., párr. 87; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83.

¹⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 152; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 87; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83.

¹⁶⁰ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, parr. 113.

mocrática, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana¹⁶¹.

107. En los casos de imposición de responsabilidades ulteriores orientadas a proteger los derechos ajenos a la honra, buen nombre y reputación, se debe dar cumplimiento estricto a los requisitos establecidos en el artículo 13.2 de la Convención Americana para limitar el derecho a la libertad de expresión. En términos de la CIDH, "el posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención [Americana], a juicio de la [CIDH], puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13"¹⁶², esto es, mediante la imposición de responsabilidades ulteriores que llenen los requisitos enunciados. Como se mencionó, los requisitos que debe satisfacer cualquier restricción a la libre expresión, son claramente establecidos por la jurisprudencia y pueden resumirse como sigue. En primer lugar, debe quedar demostrada la existencia de un daño cierto o una amenaza cierta de daño a los derechos ajenos: es necesario que los derechos que se pretende proteger se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a quien solicita la limitación, ya que si no hay una lesión clara y arbitraria de un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias¹⁶³. En este sentido, corresponde al Estado demostrar que es realmente necesario restringir la libertad de expresión para proteger un derecho que efectivamente se encuentra amenazado o ha sido lesionado¹⁶⁴. En segundo lugar, debe existir una previsión legal clara y precisa de las responsabilidades ulteriores, que deben haber sido establecidas en

¹⁶¹ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 86.

¹⁶² CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 75.

¹⁶³ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 f).

¹⁶⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 e).

leyes redactadas en términos unívocos, que delimiten claramente las conductas ilícitas, fijen sus elementos con precisión y permitan distinguirlos de comportamientos no ilícitos. De lo contrario, se generan dudas, se abre campo a la arbitrariedad de las autoridades, se irrespeta el principio de legalidad¹⁶⁵, y se causa el riesgo de que estas normas sean utilizadas para afectar la libertad de expresión. Las normas que limitan la libertad de expresión deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación. Incluso si existen interpretaciones judiciales que las precisan, ello no es suficiente para suplir formulaciones demasiado amplias, pues las interpretaciones judiciales cambian o no son seguidas estrictamente, y no son de carácter general¹⁶⁶. En tercer lugar, se debe haber probado la absoluta necesidad de la imposición de responsabilidades, teniendo en cuenta que el *test* de necesidad de las restricciones a la libertad de expresión, cuando éstas se imponen mediante normas que establecen responsabilidades para quien se expresa, es más exigente. En estos casos, dadas las exigencias de conciliar la protección de la libertad de expresión con la de otros derechos, con racionalidad y equilibrio, sin afectar las garantías de la libertad de expresión como baluarte de un régimen democrático, debe demostrarse la *absoluta necesidad de recurrir, en forma verdaderamente excepcional, a mecanismos que establezcan la responsabilidad jurídica de quien se expresa*.

108. En particular, el *test* estricto de necesidad a ser aplicado exige que, en todo caso, el Estado escoja para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. En tal medida, en primer lugar, se debe apelar al derecho de rectificación o respuesta que está consagrado expresamente en el artículo 14 de la Convención Americana¹⁶⁷. Sólo en caso de que ello sea insuficiente

¹⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63.

¹⁶⁶ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72. s) a 72.u).

¹⁶⁷ El artículo 14 dispone: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar

para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien abusó de su derecho a la libertad de expresión, y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes jurídicos especialmente tutelados por la Convención Americana.

109. En los eventos en que el derecho de rectificación o respuesta haya resultado insuficiente para restablecer el derecho a la reputación u honor de quienes se ven afectados por un determinado ejercicio de la libertad de expresión, y se pueda entonces acudir a los otros mecanismos de responsabilidad jurídica¹⁶⁸, tal recurso a la imposición de responsabilidad debe dar estricto cumplimiento de ciertos requisitos específicos adicionales a los ya mencionados, a saber: (a) *Aplicación del estándar de la "real malicia"*. Al recurrir a mecanismos de responsabilidad frente a un presunto abuso de la libertad de expresión, debe aplicarse el estándar de valoración de la "real malicia", es decir, demostrar que quien se expresó lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos. En cuanto a los comunicadores sociales y periodistas, el principio 10 de la Declaración de Principios sostiene que, "en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas". Así por ejemplo, en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana estudió el caso de un abogado condenado por calumnia debido a la afirmación efectuada en una rueda de prensa, según la cual el Procurador General de la Nación

por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni dispensa de fuero especial".

¹⁶⁸ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr.61 d).

había interceptado ilegalmente sus comunicaciones, hecho por el que dicho funcionario fue absuelto en un proceso judicial posteriormente. A juicio de la Corte Interamericana, el abogado, debido al contexto en el que se había enterado de la interceptaciones, tenía buenas razones para considerar que las afirmaciones que hacía correspondían a hechos ciertos y que estaba difundiendo información verdadera. En palabras de la Corte Interamericana, cuando “Tristán Donoso convocó la conferencia de prensa existían diversos e importantes elementos de información y de apreciación que permitían considerar que su afirmación no estaba desprovista de fundamento respecto de la responsabilidad del ex Procurador sobre la grabación de su conversación”¹⁶⁹. En este mismo sentido, el juez de primera instancia dentro del proceso de calumnia contra Tristán Donoso consideró que no se había configurado el tipo penal, puesto que, “para que se d[é] el delito que nos ocupa el que hace la imputación debe saber que el hecho es falso, situación [que en este caso] no existe”¹⁷⁰. La Corte Interamericana afirmó que, entre los elementos que se debían ponderar para la aplicación excepcional de la sanción, estaban “el dolo con que actuó” quien afectó los derechos de otro¹⁷¹. La Corte Interamericana también ha estimado que cuando una afirmación que podría comprometer la reputación de una persona se condiciona a la confirmación de un hecho, debe excluirse la existencia de dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar. Así, por ejemplo, en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana estimó que las afirmaciones por las cuales Usón fue condenado, habían sido formuladas de manera condicional y, en consecuencia, no podía entenderse la existencia de una manifiesta intención de dañar: “en el presente caso, al condicionar su opinión, se evidencia que el señor Usón Ramírez no estaba declarando que se había cometido un delito premeditado, sino que en su opinión se habría cometido tal delito en el caso que resultara

¹⁶⁹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 125.

¹⁷⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 102.

¹⁷¹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 125.

cierta la hipótesis sobre el uso de un lanzallamas. Una opinión condicionada de tal manera no puede ser sometida a requisitos de veracidad. Además, lo anterior tiende a comprobar que el señor Usón Ramírez carecía del dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar, ya que, de haber tenido la voluntad de hacerlo, no hubiera condicionado su opinión de tal manera¹⁷². (b) *Carga de la prueba*. En los casos en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad de quien ha abusado de su derecho a la libertad de expresión, quien alega que se causó un daño es quien debe soportar la carga de la prueba de demostrar que las expresiones pertinentes eran falsas y causaron efectivamente el daño alegado¹⁷³. Por otra parte, la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* explicó que, exigir a quien se expresa que demuestre judicialmente la veracidad de los hechos que sustentan sus afirmaciones, y correlativamente, no admitir la *exceptio veritatis* a su favor, “entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención [Americana]”. En todo caso, a este respecto, como acaba de explicarse, si bien la *exceptio veritatis* debe ser una causal justificativa de cualquier tipo de responsabilidad, lo cierto es que no puede ser la única causal de exclusión pues, como se vio, basta con que las aseveraciones cuestionadas resulten razonables, para excluir la responsabilidad frente a afirmaciones que revisten un interés público actual. (c) Finalmente, es importante tener en cuenta que únicamente los hechos, y no las opiniones, son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad¹⁷⁴.

¹⁷² Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 86.

¹⁷³ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 132; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2). 1); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72.o) y 72.p); Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 120.

¹⁷⁴ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 124.

En consecuencia, nadie puede ser condenado por una opinión sobre una persona cuando ello no apareja la falsa imputación de hechos verificables.

110. Las responsabilidades jurídicas personales ulteriores a las que se puede acudir cuando el derecho de rectificación o respuesta haya sido insuficiente para reparar un daño a derechos ajenos, son en principio los mecanismos de la responsabilidad civil. Estas sanciones civiles, de conformidad con la Declaración Conjunta de 2000 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE, “no deben ser de tales proporciones que susciten un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión, y deben ser diseñadas de modo de restablecer la reputación dañada, y no de indemnizar al demandante o castigar al demandado; en especial, las sanciones pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales a los daños reales causados, y la ley debe dar prioridad a la utilización de una gama de reparaciones no pecuniarias”. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha considerado que no sólo las sanciones penales pueden tener efectos inhibitorios e intimidantes para el ejercicio de la libertad de expresión. A su juicio, estos efectos pueden tenerlos también las sanciones civiles. Por ejemplo, en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana consideró que la sanción civil impuesta a Tristán Donoso, debido a la elevada suma que solicitaba el Procurador General de la Nación como reparación por los hechos que consideraba constitutivos de calumnia, era tan intimidante e inhibitoria para el ejercicio de la libertad de expresión como una sanción penal: “los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 129.

111. Por último, es importante señalar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer funciones públicas mediante el procesamiento o condena penal de quien se expresa—a través de los tipos penales de calumnia, injuria, difamación o desacato—resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

112. Las decisiones de la Corte Interamericana tienen como fundamento: (i) los niveles mayores de protección de los discursos sobre el Estado, los asuntos de interés público y los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o quienes aspiran a ocupar cargos públicos; (ii) las condiciones altamente exigentes de las limitaciones impuestas a este tipo de discursos; y (iii) los estrictos requisitos de validez con los que debe cumplir el recurso y los mecanismos procesales para limitar la libertad de expresión. Sobre este particular, la jurisprudencia ha explicado que tanto los funcionarios públicos como los candidatos a cargos públicos gozan, al igual que toda persona, del derecho a la honra protegido por la Convención Americana. Sin embargo, los funcionarios públicos en una sociedad democrática tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan; porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; porque sus actividades trascienden la esfera privada para ingresar a la esfera del debate público; y porque cuentan con medios apropiados para defenderse¹⁷⁶. Ello no implica que los funcionarios públicos no puedan ser judicialmente protegidos en cuanto a su honor, pero han de serlo de forma acorde con

¹⁷⁶ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86 y 87; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 83 y 84; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 128 y 129; Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

los principios del pluralismo democrático y ponderando el interés de tal protección con los intereses de un debate abierto sobre asuntos públicos¹⁷⁷. Se ha enfatizado que la utilización de mecanismos penales, tales como las normas sobre difamación, calumnia e injuria, para proteger la honra y reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer cargos públicos, tienen un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre el ejercicio de las expresiones críticas y del periodismo en general, impidiendo el debate sobre temas de interés para la sociedad. Además, se ha subrayado que existen otros medios menos restrictivos para que las personas involucradas en asuntos de interés público puedan defender su reputación frente a ataques infundados. Tales medios son, en primer lugar, el aumento del debate democrático al cual los funcionarios públicos tienen amplio acceso; y si ello fuera insuficiente para reparar un daño causado de mala fe, podría acudirse a la vía civil, aplicando el estándar de la “real malicia”¹⁷⁸. Asimismo, en el caso *Kimel Vs. Argentina*, la Corte Interamericana indicó que el tipo penal que tutelaba el honor en Argentina vulneraba, por su extrema vaguedad, el principio de estricta legalidad. En consecuencia, ordenó la reforma de la citada norma.

113. La Corte Interamericana también ha estimado innecesario constatar la veracidad de las afirmaciones formuladas para desestimar la imposición de sanciones penales o civiles. Basta, como ya se ha mencionado, con que existan razones suficientes para justificar la formulación de tales afirmaciones, siempre que se trate de afirmaciones de interés público. En consecuencia, incluso si los hechos que se afirman (por ejemplo, la imputación de un crimen) no pueden ser demostrados en un proceso judicial, quien realizó las afirmaciones correspondientes estará protegido siempre que

¹⁷⁷ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 128.

¹⁷⁸ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.h); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.4) c).

no tuviera conocimiento de la falsedad de lo que afirmaba o no hubiere actuado con negligencia grave (absoluto desprecio por la verdad). En el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, explicado antes, al estudiar la proporcionalidad de la sanción penal y civil impuesta a un abogado que en una rueda de prensa había acusado al Procurador de interceptar ilegalmente sus llamadas, lo que a la postre no pudo ser probado en un proceso judicial, la Corte Interamericana indicó que no analizaría si lo dicho en la conferencia de prensa por la víctima constituía efectivamente una calumnia de conformidad con la legislación panameña¹⁷⁹, “sino si en el presente caso, a través de la sanción penal impuesta al señor Tristán Donoso y sus consecuencias, entre ellas la indemnización civil accesoria pendiente de determinación, el Estado vulneró o restringió el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención [Americana]”¹⁸⁰. A juicio de la Corte Interamericana, la desproporción se originaba en el hecho de que las afirmaciones se referían a un asunto de interés público y existían razones suficientes para formularlas aunque posteriormente un juez las hubiere considerado no probadas.

114. La CIDH ha considerado que la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos o políticos vulnera *en sí misma* el artículo 13 de la Convención Americana, ya que no hay un interés social imperativo que la justifique, resulta innecesaria y desproporcionada, y además puede constituir un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador e inhibitorio del debate sobre asuntos de interés público¹⁸¹. En este mismo sentido, la CIDH ha resaltado que el recurso a las herramientas

¹⁷⁹ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 106.

¹⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 94.

¹⁸¹ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.h).

penales para sancionar discursos especialmente protegidos no sólo es una limitación directa de la libertad de expresión, sino también puede considerarse como un método indirecto de restricción de la expresión por sus efectos amedrentadores, acalladores e inhibidores del libre flujo de ideas, opiniones e informaciones de toda índole. La simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador. En palabras de la CIDH, “si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. [...] el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”¹⁸².

115. En consonancia con lo anterior, el principio 10 de la Declaración de Principios dispone que, “las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

¹⁸² CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Conclusión. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

116. Por su parte, la Corte Interamericana, en la sentencia en el caso *Kimel Vs. Argentina*, afirmó lo siguiente: “la Corte no estima contraria a la Convención [Americana] cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”¹⁸³. Estas mismas consideraciones fueron reiteradas en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Interpretando esta afirmación en forma armónica con la jurisprudencia precedente de la Corte Interamericana, es razonable concluir que, en principio, el recurso a mecanismos penales es inaplicable frente a discursos especialmente protegidos que puedan ofender la honra o el buen nombre de funcionarios públicos, candidatos a ocupar cargos públicos, o personas directamente relacionadas con asuntos de interés público. En estos casos, cuando se trata de una expresión que obedece a una denuncia de buena fe, limitar el debate a través del derecho penal tiene efectos tan graves para el control democrático, que tal opción no cumple los requisitos de extrema y absoluta necesidad. Por ello, en el caso *Kimel Vs. Argentina*, la Corte Interamericana declaró efectivamente que el Estado había violado la Convención Americana, al haber condenado a un periodista que acusó a un juez de ser condescendiente con la comisión de las peores violaciones a los derechos humanos.

b. Casos en los que la Corte Interamericana ha examinado el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y derechos personalísimos como el derecho a la honra y reputación de funcionarios públicos

117. El artículo 11 de la Convención Americana prohíbe, todo “ataque ilegal contra la honra o reputación” de las personas e “imponer a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques”. Según la Corte Interamericana, “el derecho a la hon-

¹⁸³ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 78.

ra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”¹⁸⁴.

118. Como ya se ha señalado, la protección del derecho a la honra y a la reputación de las personas, cobijados bajo el artículo 11 de la Convención Americana, puede entrar en conflicto con la libertad de expresión. En estos casos, debe evaluarse, de conformidad con las consideraciones precedentes, cual de los dos derechos prima en un determinado momento. Ahora bien, como entra a explicarse, en todos los casos en los cuales la Corte Interamericana ha estudiado la tensión entre la honra y la reputación de personas que ocupan cargos públicos o que persiguen ocupar dichos cargos, y el derecho a la libertad de expresión, ha encontrado que este último tiene prelación. En todos los casos, la Corte Interamericana ha aplicado el principio de precedencia de la libertad de expresión en asuntos de interés público actual. En esta sección se presentan de manera breve los casos en los cuales la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el tema.

119. El primero de estos casos, *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, descrito anteriormente, se refiere a la situación del periodista costarricense Mauricio Herrera Ulloa, quien resultó penalmente condenado por violación del derecho a la honra de un diplomático costarricense destacado en el exterior, por haber reproducido fielmente la información de diarios europeos sobre el presunto comportamiento ilícito del funcionario estatal. El periodista fue condenado por cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, y condenado al pago de una multa y a publicar la parte resolutive de la sentencia en el diario. Asimismo, se declaró procedente en dicha sentencia penal, la acción civil resarcitoria por tales delitos, condenando a Herrera Ulloa y al periódico *La Nación* al pago de una indemnización y de costas procesales. Finalmente, se ordenó al periódico *La Nación* que modificara el contenido de su versión digital, en el sentido de retirar un enlace existente entre el apellido del diplomático y los artículos objeto de la controversia, y a establecer un enlace nuevo entre tales artículos y la parte resolutive de la sentencia.

¹⁸⁴ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 57.

120. La Corte Interamericana consideró que las sanciones impuestas constituían una violación de la libertad de expresión protegida por la Convención Americana. En su sentencia, la Corte Interamericana resaltó la doble dimensión—individual y colectiva—de la libertad de expresión, la crucial función democrática de este derecho, y el rol central de los medios de comunicación. Luego de recordar los requisitos trazados en la Convención Americana para que las restricciones a la libertad de expresión sean legítimas, concluyó que frente a Herrera Ulloa se había incurrido en un uso excesivo e innecesario de la potestad punitiva del Estado que no era respetuoso de dichos requisitos convencionales, teniendo en cuenta particularmente que: (a) Herrera Ulloa era un periodista que estaba expresando hechos y opiniones de interés público; (b) que el ejercicio de su derecho se tradujo en afirmaciones críticas frente a un funcionario público en ejercicio de sus funciones, el cual estaba expuesto a un nivel de crítica más amplio que los particulares; y (c) que Herrera Ulloa se había limitado a reproducir fielmente información publicada en la prensa extranjera sobre la conducta de un funcionario diplomático costarricense. La Corte Interamericana resaltó que la condena penal había surtido un efecto disuasivo sobre el ejercicio del periodismo y el debate sobre asuntos de interés público en Costa Rica—afirmando que, “el efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”¹⁸⁵. En consecuencia, ordenó a Costa Rica, a título de reparación por la violación del artículo 13 de la Convención Americana, dejar sin efecto la sentencia condenatoria y pagar una indemnización del daño inmaterial causado al periodista Herrera Ulloa.

121. En el segundo de estos casos, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, también descrito anteriormente, la Corte Interamericana estudió la situación de Ricardo Canese, candidato presidencial en la

¹⁸⁵ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 133.

contienda electoral paraguaya de 1992. Canese fue objeto de una condena penal por el delito de difamación, como consecuencia de afirmaciones que hizo mientras era candidato y en el curso de la campaña, sobre la conducta de su contraparte en las elecciones en relación con el Complejo Hidroeléctrico de Itaipú. Finalmente, fue condenado a una pena privativa de la libertad, al pago de una multa, y durante el proceso fue afectado por una prohibición permanente para salir del país.

122. La CIDH alegó ante la Corte Interamericana que la utilización de mecanismos penales y la imposición de sanciones penales por expresiones políticas en el marco de una contienda electoral, serían contrarias al artículo 13 de la Convención Americana, porque no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal; porque la restricción es desproporcionada; y porque constituye una restricción indirecta—dado que las condenas penales tienen un efecto amedrentador sobre todo debate que involucre a personas públicas sobre asuntos de interés público—. En consecuencia, afirmó que, en relación con las manifestaciones realizadas en el marco de las contiendas electorales, debe establecerse la no punibilidad, y recurrirse a sanciones civiles basadas en el estándar de la real malicia, “es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas”¹⁸⁶.

123. La Corte Interamericana, por su parte, luego de resaltar la importante función democrática del ejercicio pleno de la libertad de expresión, y su trascendencia acentuada en el ámbito electoral, concluyó que en este caso se había presentado una violación de la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana tuvo en cuenta que: (a) el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita; y (b) las declaraciones de Canese se habían realizado en el contexto de una campaña electoral presidencial respecto de asuntos de interés pú-

¹⁸⁶ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.h).

blico, lo cual las ubicaba en una categoría de mayor protección bajo el artículo 13 de la Convención Americana. Por lo mismo, concluyó que el proceso y la sanción penal aplicados a Canese constituyeron una sanción innecesaria y excesiva, que limitó el debate abierto sobre temas de interés público y restringió la libertad de expresión del afectado durante el resto de la campaña electoral. Además, se resaltó que en este caso el proceso y la condena penal, junto con las restricciones para salir del país impuestas en forma concomitante, fueron medios indirectos de restricción de la libertad de expresión.

124. En el caso *Kimel Vs. Argentina*, igualmente reseñado en un acápite precedente, la Corte Interamericana concluyó que se había violado el artículo 13 de la Convención Americana, mediante la condena impuesta contra Eduardo Kimel por haber publicado un libro que criticaba la forma como un juez había llevado a cabo la investigación de una masacre cometida durante los años de la dictadura. La Corte Interamericana afirmó que se había utilizado en forma innecesaria y desproporcionada el poder punitivo del Estado. Para llegar a esta conclusión la Corte Interamericana tuvo en cuenta, no solamente el mayor nivel de protección del que gozaban las afirmaciones de Kimel en su libro, por referirse al comportamiento de un funcionario público, sino también otras razones, a saber: (a) que la legislación penal argentina sobre los delitos de calumnia y difamación resultaba extremadamente vaga y ambigua, contrariando así el requisito de precisa legalidad; (b) que el procesamiento y sanción del periodista e investigador había reflejado un abuso notorio en el ejercicio del poder punitivo del Estado, “tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción—privación de la libertad—aplicada al periodista”; y (c) la notoria desproporción y exceso en la afectación de la libertad de expresión de Kimel frente a la alegada afectación del derecho a la honra de quien se había desempeñado como funcionario público. Tal desproporción fue inferida por la Corte Interamericana de una apreciación conjunta de varios factores, entre otros, que el ejercicio de la libertad de expresión se concretó en opiniones que no entrañaban imputación de delitos ni señalamiento de hechos o temas

referentes a la vida personal del juez; que las opiniones equivalían a un juicio de valor crítico sobre la conducta del Poder Judicial durante la dictadura; que la opinión se emitió teniendo en cuenta los hechos verificados por el periodista; y que las opiniones, a diferencia de los hechos, no se pueden someter a juicios de veracidad o de falsedad. Como consecuencia de la responsabilidad internacional que pesaba sobre el Estado de Argentina por haber violado la Convención Americana, la Corte Interamericana le ordenó: (1) que pagara una indemnización a Kimel por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos; (2) que dejara sin efecto la condena penal impuesta y todas las consecuencias de ella derivadas; (3) que eliminara el nombre de Kimel de los registros públicos de antecedentes penales; (4) que publicara debidamente la decisión de la Corte Interamericana en tanto medida de satisfacción; (5) que realizara un acto público de reconocimiento de su responsabilidad; y (6) que adecuara su derecho interno en lo atinente a los tipos penales de calumnia y difamación a la Convención Americana, “de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”¹⁸⁷.

125. En el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana estudió la situación del abogado Santander Tristán Donoso, condenado por el delito de calumnia debido a las afirmaciones que había efectuado sobre el Procurador General de la Nación en una rueda de prensa en la cual había aseverado que dicho funcionario había grabado una conversación telefónica privada suya con uno de sus clientes y la había difundido ante terceros. Tras la denuncia del Procurador por los delitos de injuria y calumnia, Tristán Donoso fue condenado a 18 meses de prisión, sustituidos con una multa de 750 balboas; la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término; y una indemnización por daño material y moral cuya cuantía debía ser determinada en el trámite de liquidación ante el juez inferior.

¹⁸⁷ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 128.

126. Ante la Corte Interamericana, los representantes de la víctima alegaron, en primer lugar, que “el ejercicio de la libertad de expresión no está reservado exclusivamente a los periodistas”¹⁸⁸. Asimismo, indicaron que la violación del derecho a la libertad de expresión se producía, entre otras cosas, dado que la legislación panameña no reconocía los estándares de la real malicia ni el fin compensatorio (y no punitivo) de la sanción y no consagraba medidas para garantizar la proporcionalidad de las sanciones. Por su parte, el Estado afirmó que en ningún momento se había restringido la libertad de expresión de Tristán Donoso, y que la acusación pública que éste había realizado contra el Procurador General de la Nación, no podía entenderse como “‘crítica’ ni como un ‘debate público’ respecto de las actuaciones de un funcionario público”. En su criterio, “dar a una calumnia la connotación de noticia ‘de alto interés público’ equivale a legitimar todo acto ilegítimo realizado en el ejercicio de la libertad de expresión, siempre que ello pueda llamar la atención pública”¹⁸⁹.

127. En su sentencia, la Corte Interamericana resaltó que si bien la Convención Americana protege el derecho a la libertad de expresión, éste no es un derecho absoluto, de allí que la Convención Americana prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo. Asimismo, afirmó que la Convención Americana protege el derecho a la honra y el reconocimiento de la dignidad de todas las personas, de donde se derivan limitaciones a la actuación del Estado y los particulares, y la posibilidad de solicitar la adopción de medidas judiciales para su protección¹⁹⁰.

128. Con todo, el tribunal indicó que en una sociedad democrática las expresiones referidas a la idoneidad de los funcionarios gozan de una mayor protección, ya que éstos han decidido exponerse voluntariamente a un escrutinio más exigente, a que las actividades que desempeñan son de interés público, y a que tienen una

¹⁸⁸ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 91.

¹⁸⁹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 92.

¹⁹⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párrs. 110 y 111.

amplia posibilidad de controvertir públicamente las afirmaciones que los afectan. Al aplicar el *test* para verificar la legitimidad de la sanción ulterior impuesta a Tristán Donoso, la Corte Interamericana encontró que, si bien cumplía el requisito de legalidad (el delito de calumnia estaba previsto en una ley, en sentido formal y material) y con el requisito de idoneidad (el recurso al derecho penal era un medio que efectivamente podía contribuir a proteger el derecho a la honra o a la reputación del afectado), ésta resultaba innecesaria debido a que, tratándose de una persona de alta relevancia pública, existían otros medios para proteger los derechos personalísimos eventualmente afectados y el costo sobre la libertad de expresión resultaba desproporcionado. En efecto, en el caso que se estudia, la Corte Interamericana constató que se trataba de un asunto de interés público respecto del cual era importante garantizar el más amplio debate; que el abogado tenía suficientes razones para creer en ese momento que, en efecto, era el Procurador General de la Nación quien había interceptado sus comunicaciones; y que este último tenía plena capacidad para controvertir las afirmaciones cuestionadas. Por las razones mencionadas, la aplicación del derecho penal o de sanciones civiles desproporcionadas, no sólo no era un medio necesario para proteger la honra y la reputación del funcionario estatal, sino que tenía un costo muy elevado en términos de la afectación del debate democrático.

129. En este caso, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia sobre los límites del uso del poder punitivo del Estado: “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”¹⁹¹. Reafirmó así la importancia de ponderar, “la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta

¹⁹¹ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 119.

necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”¹⁹².

130. En el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Usón, militar en retiro, fue condenado por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional” por haber emitido varias opiniones críticas de la actuación de dicha institución en el llamado caso del “Fuerte Mara”. En dicho caso, un grupo de soldados resultó gravemente quemado mientras se encontraba en una celda de castigo. Usón fue condenado específicamente por haber afirmado en una entrevista televisiva, que, de ser ciertos los hechos denunciados por el padre de uno de los soldados sobre el tipo y grado de las quemaduras, los soldados habrían sido agredidos de forma premeditada con un lanzallamas. A juicio de Usón, el tipo de quemaduras que describía el padre del soldado sólo podía ser el resultado de la utilización de este tipo de arma, y dicha utilización tenía que ser premeditada debido al proceso que debía agotarse para el empleo de dicha arma. Usón había sido invitado al programa de televisión debido a que había sido miembro de las Fuerzas Armadas hasta 2002, momento en el cual se retiró por discrepar del gobierno y de algunos altos mandos militares. Como consecuencia de las declaraciones emitidas, Usón Ramírez fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional”, bajo el tipo penal establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, según el cual “incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”.

131. En este caso, la Corte Interamericana aplicó el *test* tripartito de manera estricta y encontró que varios de sus requisitos no se cumplían. Específicamente, encontró que la medida restrictiva de la libertad de expresión—la imposición de una condena por el delito de “injuria contra la Fuerzas Armada Nacional—no tenía una formulación estricta y, en consecuencia, vulneraba el principio de

¹⁹² Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 120.

estricta legalidad. A juicio de la Corte Interamericana, la tipificación contenida en la disposición penal era “vaga y ambigua” en su formulación, de forma tal que no respondía “a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la Convención [Americana] y a aquéllas establecidas en el artículo 13.2 del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades ulteriores”¹⁹³. Asimismo, la Corte Interamericana encontró que la medida impuesta no era idónea o necesaria “por ser excesivamente vaga y ambigua”. Al respecto, la sentencia recordó que “el [t]ribunal ha considerado en ocasiones anteriores que el ejercicio del poder punitivo del Estado ha resultado abusivo e innecesario para efectos de tutelar el derecho a la honra, cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a dicho derecho. Ése fue el caso que ocurrió con el señor Usón Ramírez”¹⁹⁴.

132. Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad, la Corte Interamericana encontró que las consecuencias derivadas de la aplicación de la medida habían sido verdaderamente graves y la afectación de la libertad de expresión desproporcionada, “[r]especto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte [Interamericana] considera que las consecuencias del sometimiento a un proceso en el fuero militar [...]; el proceso penal en sí mismo; la privación preventiva de libertad que se le impuso; la pena privativa de libertad de cinco años y seis meses a la que fue sentenciado; la inscripción en el registro de antecedentes penales; la pérdida de ingresos durante el tiempo encarcelado; la afectación en el goce del ejercicio de los derechos que se restringen en razón de la pena impuesta; el estar lejos de su familia y seres queridos; el riesgo latente de la posible pérdida de su libertad personal, y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Usón Ramírez demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en

¹⁹³ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 57.

¹⁹⁴ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 75.

este caso fueron verdaderamente graves”¹⁹⁵. Además, la Corte Interamericana consideró que no se había tenido en cuenta que las afirmaciones de Usón se encontraban especialmente protegidas (discurso especialmente protegido) debido a que tenían por objeto cuestionar las eventuales actuaciones de una institución del Estado que estaba siendo evaluada en ese momento: “los señalamientos realizados por el señor Usón Ramírez se relacionaban con temas de notorio interés público. No obstante la existencia de un interés público sobre lo acontecido en el Fuerte Mara, dependencia de las Fuerzas Armadas del Estado, el señor Usón Ramírez fue juzgado y condenado sin que se tuvieran en cuenta los requisitos que se desprenden de la Convención Americana referentes a la mayor tolerancia que exigen aquellas afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio del control democrático”¹⁹⁶.

133. Con base en los argumentos mencionados, la Corte Interamericana concluyó, “que la imposición de una responsabilidad ulterior al señor Usón Ramírez por el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas violó su derecho a la libertad de expresión, ya que en la restricción a dicho derecho no se respetaron las exigencias de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Consecuentemente, el Estado violó el principio de legalidad y el derecho a la libertad de expresión reconocidos en los artículos 9 y 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de dicho tratado y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno estipulado en el artículo 2 del mismo, en perjuicio del señor Usón Ramírez”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 81.

¹⁹⁶ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 84.

¹⁹⁷ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 88.

c. Incompatibilidad fundamental entre las "leyes de desacato" y la Convención Americana

134. La CIDH y la Corte Interamericana han declarado que las llamadas "leyes de desacato", contrarían la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana¹⁹⁸.

135. Las denominadas "leyes de desacato", según la definición provista por la CIDH, y como quiera que se denominen en los ordenamientos internos, "son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales"¹⁹⁹. En los países en donde existen se justifican invocando varias razones, entre las que sobresale la protección del adecuado funcionamiento de la administración pública, o del orden público, "se dice que las 'leyes de desacato' cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que—según se argumenta—ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios"²⁰⁰.

¹⁹⁸ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 88; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹⁹⁹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título II. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁰⁰ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título II. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. En esta misma opinión se explicó que el diseño y contenido de las "leyes de desacato" es variable entre los distintos Estados que las tienen: "La aplicación de las leyes de desacato varía entre un Estado miembro de la OEA y otro. En ciertos países, las leyes de desacato penalizan sólo los discursos insultantes que se pronuncian en presencia del funcionario público o por comunicación directa, como una carta o una llamada telefónica. [Véase el artículo 456 del Código Penal

136. Para la CIDH, estas justificaciones no encuentran sustento en la Convención Americana. En su criterio, las “leyes de desacato” están “en conflicto con la convicción de que la libertad de expresión y de opinión es la ‘piedra de toque de todas las libertades a las cuales se consagran las Naciones Unidas’ y ‘una de las más sólidas garantías de la democracia moderna’”²⁰¹. En tal medida, las “leyes de desacato” son una restricción ilegítima de la libertad de expresión, porque: (a) no responden a un objetivo legítimo bajo la Convención Americana; y (b) no son necesarias en una sociedad democrática. En términos de la CIDH, “la aplicación de ‘leyes de desacato’ para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública”²⁰².

de El Salvador]. Otras leyes de desacato penalizan todo discurso que insulte, ofenda o amenace a un funcionario público, ya sea dirigido a la persona en cuestión o por un medio indirecto, como la prensa [Véase el artículo 173 del Código Penal del Uruguay]. No obstante, en general, la protección de las leyes de desacato sólo ampara a los funcionarios públicos en el cumplimiento de tareas oficiales. Además, la legislación de los Estados miembros de la OEA difiere en cuanto a las defensas admitidas en los casos de acusación de desacato. En algunos países, las leyes de desacato exigen que los acusados demuestren la veracidad de sus alegatos como defensa [Véase el artículo 413 del Código Penal de Guatemala]. En otros, la ley no permite que se introduzca la defensa de la verdad con respecto a un lenguaje insultante u ofensivo contra un funcionario público [Véase el artículo 307 del Código Penal de Costa Rica]. Las penas por desacato varían entre multas y encarcelamiento”.

²⁰¹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título I Introducción. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁰² CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

137. Para la CIDH, dado que el derecho a la libertad de expresión faculta al individuo y a la sociedad a participar en debates activos y vigorosos sobre todos los aspectos de interés social, y que ese tipo de debates generará necesariamente ciertos discursos críticos u ofensivos para los funcionarios públicos o quienes se vinculan a la formulación de la política pública, “de ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión. Dichas limitaciones a la libertad de expresión pueden afectar no sólo a quienes se silencia directamente, sino también al conjunto de la sociedad”²⁰³. Según se afirma con claridad en el principio 11 de la Declaración de Principios, “los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

138. Además de ser una restricción directa a la libertad de expresión, las “leyes de desacato” también la restringen indirectamente, “porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. [...] El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor. [...] La desventaja que las leyes de desacato imponen a las personas que desean participar en el debate acerca del funcionamiento adecuado de la administración pública no se ve reducida por la posibilidad de probar la verdad como defensa. Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente me-

²⁰³ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

dian­te juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba”²⁰⁴. En igual medida, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público, incluso si se hace a través de una opinión o juicio de valor, puede utilizarse como método para suprimir la crítica y los adversarios políticos; y al proteger a los funcionarios públicos contra expresiones difamantes, establecen una estructura que tiene como propósito proteger al propio gobierno de las críticas²⁰⁵.

139. Desde otra perspectiva, las “leyes de desacato” se basan en una noción errónea sobre la preservación del orden público, que es incompatible con los regímenes democráticos y contraría la definición de tal “orden público” que puede justificar legítimamente una limitación de la libertad de expresión: “el fundamento de las ‘leyes de desacato’ contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso, sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de ‘orden público’ para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención [Americana]”²⁰⁶.

²⁰⁴ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁰⁵ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²⁰⁶ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

140. En términos más concretos, las “leyes de desacato” son innecesarias porque los ataques abusivos contra la reputación y la honra de funcionarios públicos pueden ser contrarrestados mediante otras acciones, que son medios menos restrictivos del derecho: “la protección especial que brindan las ‘leyes de desacato’ a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo [13.2] porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición”²⁰⁷. Además, las “leyes de desacato” contrarían el principio de que en una sociedad democrática los funcionarios públicos deben estar mayormente expuestos al escrutinio del público y mostrar una tolerancia mayor hacia la crítica.

141. En suma, para la CIDH, la aplicación del tipo penal de desacato a quienes divulgan expresiones críticas frente a los funcionarios públicos es, *per se*, contraria a la Convención Americana, puesto que constituye una aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión que son innecesarias en una sociedad democrática, y desproporcionadas por sus efectos graves sobre el emisor y sobre el libre flujo de información en la

²⁰⁷ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado C). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

sociedad. Las leyes de desacato son un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y disuaden las críticas al generar temor a las acciones judiciales, las sanciones penales y las sanciones monetarias. La legislación sobre desacato es desproporcionada por las sanciones que establece, frente a críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, por lo cual suprime el debate esencial para el funcionamiento de un sistema democrático, restringiendo innecesariamente la libertad de expresión.

142. La Corte Interamericana también ha examinado, en casos concretos, el carácter desproporcionado de la legislación sobre desacato y del procesamiento de las personas que ejercen su libertad de expresión por dicho delito. Por ejemplo, en el citado caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*²⁰⁸, la Corte Interamericana examinó la situación de un funcionario civil de las Fuerzas Armadas chilenas que había sido procesado judicialmente por haber intentado publicar un libro sin la autorización de sus superiores militares, que había sido objeto de distintas actuaciones equivalentes a censura previa, y que en el curso del proceso había efectuado ante los medios de comunicación declaraciones críticas de la actuación de la justicia penal militar en su caso. Como resultado, Palamara Iribarne fue procesado por el delito de desacato. En criterio de la Corte Interamericana, en este caso “a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte [Interamericana] considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdadera-

²⁰⁸ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

mente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y expresión”²⁰⁹.

143. En el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana resaltó como positivo que, con posterioridad a la condena de Tristan Donoso por calumnia debido a sus expresiones contra un alto funcionario, se hubieran prohibido en dicho país las sanciones por desacato y otras limitaciones de la libertad de expresión²¹⁰.

E. La prohibición de la censura y de las restricciones indirectas a la libertad de expresión

1. La prohibición de la censura previa directa

144. El artículo 13.2 de la Convención Americana dispone expresamente que el ejercicio de la libertad de expresión, “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Esta prohibición de la censura encuentra su única excepción en lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Convención Americana, de conformidad con el cual “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

145. Interpretando estas normas convencionales, el principio 5 de la Declaración de Principios dispone que, “la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de

²⁰⁹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 88.

²¹⁰ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 133.

expresión”; y el principio 7 establece que, “[c]ondicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

146. La censura previa es el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión. Tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir *en forma previa* la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin²¹¹. En términos de la CIDH, la censura previa “supone el control y veto de la expresión antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información. En otras palabras, la censura previa produce ‘una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias’. Como se dijo, ‘esto constituye una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática’²¹². En los casos de censura previa, se produce una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar bien informados y a recibir y conocer las expresiones ajenas. Se afecta así, una de las condiciones básicas de una sociedad democrática²¹³.

²¹¹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 68.

²¹² CIDH. Informe de fondo No. 90/05. Caso No. 12.142. *Alejandra Marcela Matus Acuña*. Chile. 24 de octubre de 2005, párr. 35.

²¹³ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 68; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 54; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.5).

147. En términos de la Corte Interamericana, “el artículo 13.4 de la Convención [Americana] establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”²¹⁴. Este rasgo distingue a este tratado de otras convenciones internacionales sobre derechos humanos, tales como el Convenio Europeo o el PIDCP. En criterio de la CIDH, ello “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención [Americana] a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”²¹⁵.

148. Según la jurisprudencia interamericana, constituyen ejemplos de censura previa, entre otros, los siguientes: la incautación de libros, materiales de imprenta y copias electrónicas de documentos; la prohibición judicial de publicar o divulgar un libro²¹⁶; la prohibición a un funcionario público de realizar comentarios críticos frente a un determinado proceso o institución²¹⁷; en relación con publicaciones en *internet*, la orden de incluir o retirar determinados enlaces (*links*), o la imposición de determinados contenidos; la prohibición de exhibir una película de cine²¹⁸, o la existencia de una disposición constitucional que establece la censura previa en la producción cinematográfica²¹⁹.

²¹⁴ Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 70.

²¹⁵ CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 56.

²¹⁶ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135; CIDH. Informe No. 2/96. Caso No. 10.325. *Steve Clark y otros*. Granada. 1º de marzo de 1996; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996; CIDH. Informe de fondo No. 90/05. Caso No. 12.142. *Alejandra Matus Acuña*. Chile. 24 de octubre de 2005.

²¹⁷ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.

²¹⁸ Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

²¹⁹ Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

149. En uno de sus primeros fallos sobre el derecho a la libertad de expresión, la Corte Interamericana se pronunció sobre la censura previa de películas de cine. En efecto, en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) *Vs. Chile*²²⁰, la Corte Interamericana examinó la prohibición impuesta por las autoridades judiciales chilenas sobre la exhibición de la película "*La Última Tentación de Cristo*", a petición de un grupo de ciudadanos que habían interpuesto un recurso invocando la protección de la imagen de Jesucristo, de la Iglesia Católica y de sus propios derechos. La Corte Interamericana, resaltando algunos de los rasgos sobresalientes de la libertad de expresión, por ejemplo, su doble dimensión individual y colectiva, y su crítica función democrática, y recordando que este derecho protege tanto la información que resulta favorable, indiferente o inofensiva, como aquella que resulta chocante, inquietante u ofensiva para el Estado o la sociedad, concluyó que las autoridades chilenas habían incurrido en un acto de censura previa incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana. El tribunal precisó que la violación de la Convención Americana se había producido no sólo por las decisiones judiciales en cuestión, sino por la existencia de un artículo en la Constitución chilena que consagraba un sistema de censura previa para la producción cinematográfica, determinando así los actos de los tres poderes públicos. De allí que hubiese ordenado a Chile adaptar su ordenamiento interno a lo dispuesto por la Convención Americana.

150. Otro caso ilustrativo en el que la Corte Interamericana se pronunció sobre actos constitutivos de censura fue *Palamara Iribarne Vs. Chile*²²¹. Como ya se ha mencionado, Palamara Iribarne, oficial militar retirado que se desempeñaba como funcionario civil de la Armada, había escrito un libro titulado "*Ética y Servicios de Inteligencia*", en el cual trataba, en términos generales, algunos aspectos de la inteligencia militar y la necesidad de que se rigiera por parámetros éticos. Sin embargo, cuando el libro se encontraba en

²²⁰ Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

²²¹ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.

proceso de impresión y preparación para la distribución comercial, fue objeto de varias medidas restrictivas, a saber: (i) los superiores militares de Palamara le prohibieron que publicara el libro; (ii) tales superiores militares ordenaron verbalmente a Palamara que retirara todos los antecedentes de la publicación que se encontraran en la imprenta; (iii) por orden judicial de un Fiscal se incautaron todos los escritos, documentos y publicaciones relativos al libro que estaban en la imprenta, así como los ejemplares que ya estaban listos tanto en la imprenta como en el domicilio de Palamara, las hojas sobrantes y la matricería electrostática de la publicación; (iv) también por orden judicial se ordenó a Palamara que borrara la versión digital de su libro que guardaba en su computador personal, y se ordenó suprimir la versión electrónica del texto en un *diskette* y en el computador de la imprenta; (v) se efectuaron diligencias judiciales de recuperación de los ejemplares del libro que ya estaban en poder de distintas personas; y (vi) se prohibió judicialmente a Palamara que hiciera comentarios críticos frente a los procesos penales que se le seguían, o frente a la imagen de la Armada de Chile.

151. En criterio de la Corte Interamericana, todos estos actos de control al ejercicio del derecho de Palamara a difundir informaciones e ideas, cuando el libro ya estaba editado y en proceso de ser publicado y comercializado, impidieron que éste fuera efectivamente difundido mediante la distribución en el comercio, por lo cual el público no pudo acceder a su contenido. Tales medidas de control, para la Corte Interamericana, “constituyeron actos de censura previa no compatibles con los parámetros dispuestos en la Convención [Americana], dado que no existía ningún elemento que, a la luz de dicho tratado, permitiera que se afectara el referido derecho a difundir abiertamente su obra, protegido en el artículo 13 de la Convención [Americana]”²²². En consecuencia, las medidas de reparación relevantes que ordenó la Corte Interamericana consistieron en el pago de una indemnización por los perjuicios causados a Palamara, que se permitiera publicar el libro, se restituyera el material incautado, se reconstruyera la versión electrónica del

²²² Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 78.

texto y se dejaran sin efecto las sentencias proferidas y los procesos penales adelantados.

2. La prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión por las autoridades

152. Hay distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, que van desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta diversas formas de afectaciones menos evidentes (más sutiles), pero igualmente contrarias a la Convención Americana²²³. En efecto, aparte de las violaciones extremas consistentes en la supresión de la libertad de expresión mediante acciones directas como la censura, será violatorio del artículo 13 de la Convención Americana, “todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención”²²⁴.

153. Es en este sentido el artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que, “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

154. La Corte Interamericana ha afirmado que el enunciado del artículo 13.3 no es taxativo, puesto que no impide considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas como aquellos derivados de nuevas tecnologías²²⁵. Asimismo, el tribunal ha señalado que la

²²³ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 68; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 54.

²²⁴ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 55.

²²⁵ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*.

responsabilidad del Estado por restricciones indirectas puede provenir también de actos entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino “también controles [...] particulares” que produzcan el mismo resultado²²⁶. En estos casos, sin embargo, como se verá adelante, la responsabilidad del Estado sólo tendrá lugar si se demuestra vulnerada la obligación de garantía que se desprende del marco jurídico²²⁷. Finalmente, estas restricciones pueden darse incluso cuando de ellas no se deriva una *ventaja* para los funcionarios públicos que las generan o toleran, siempre y cuando “la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”²²⁸.

155. Interpretando el artículo 13.3 de la Convención Americana, el principio 5 de la Declaración de Principios dispone que, “la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. A su turno, el principio 13 establece que, “la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuen-

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367.

²²⁶ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrs. 107 a 110 y 340; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrs. 118 a 121 y 367.

²²⁷ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 107 a 110.

²²⁸ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 368.

cias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

156. La jurisprudencia interamericana ha condenado en distintas decisiones la adopción de medidas estatales que constituyen medios indirectos de restricción de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, ha condenado la exigencia de la colegiatura obligatoria de periodistas²²⁹, el uso arbitrario de las facultades de regulación del Estado cuando éste ha sido utilizado para iniciar acciones intimidatorias contra las directivas de un medio de comunicación, o para revocar la nacionalidad del director de un medio como consecuencia de la línea editorial de los programas que transmite²³⁰. Otra forma de restricción indirecta es la que se produce mediante declaraciones de funcionarios públicos cuando, dado el contexto, pueden constituir “formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento”²³¹. Asimismo, pese a que en el caso concreto no la encontró probada, la Corte Interamericana ha sostenido que sería una restricción indirecta la exigencia desproporcionada o discriminatoria de “acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales”²³².

²²⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 76.

²³⁰ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 158 a 163.

²³¹ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 139; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 151.

²³² Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 346; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fon-

157. En esta línea, la CIDH ha explicado que un mismo acto estatal puede constituir simultáneamente tanto una limitación de la libertad de expresión contraria a los requisitos del artículo 13.2 de la Convención Americana, como un medio de restricción indirecto o sutil de la libertad de expresión. Por ejemplo, la aplicación de sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones contrarias a los intereses del gobierno, que constituye una limitación directa de esta libertad contraria al artículo 13 por ser innecesaria y desproporcionada, también constituye una limitación indirecta de este derecho por sus efectos de silenciamiento y amedrentamiento de futuras expresiones, que coartan la circulación de la información, es decir, generan el mismo resultado que la censura directa²³³. En igual línea de razonamiento, la CIDH ha expresado que el procesamiento de personas, incluidos periodistas y comunicadores sociales, por el mero hecho de investigar, escribir y publicar información de interés público, viola la libertad de expresión al desestimular el debate público sobre asuntos de interés para la sociedad, ya que la simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador²³⁴.

158. Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE también han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión por parte de las autoridades. Por ejemplo, en su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que,

do, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 375.

²³³ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 102.3.a) y 102.3.e); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.i).

²³⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 64.e); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2).

“los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”.

159. Si bien el tema de la regulación de los medios de comunicación y los requisitos que se deben cumplir para no vulnerar la libertad de expresión no han sido objeto de un pronunciamiento expreso de parte de los organismos del sistema interamericano hasta la fecha, la Declaración Conjunta de 2003 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE abordó expresamente este tema. En ésta, condenando como asunto preliminar, “los intentos de algunos gobiernos de limitar la libertad de expresión y de controlar a los medios de comunicación y/o a los periodistas a través de mecanismos regulatorios carentes de independencia o que, de cualquier manera, representan una amenaza a la libertad de expresión”, y observando “la importancia de proteger a los medios de comunicación de radio y televisión, tanto públicos como privados, de interferencias de naturaleza política o comercial”, efectuaron declaraciones sobre los temas de la independencia política y económica de los organismos reguladores, las diferencias existentes en los distintos medios objeto de regulación, los sistemas de registro de los medios de comunicación, y las restricciones a los contenidos. En cuanto a, (i) la independencia política y económica de los entes reguladores, los relatores para la libertad de expresión declararon que, “las autoridades públicas que ejerzan algún poder regulatorio formal sobre los medios de comunicación deben contar con salvaguardas contra cualquier interferencia, particularmente de naturaleza política o económica, que incluyan procesos transparentes de designación de sus miembros, apertura a la participación pública y que no sean controladas por ningún partido político en particular”. En cuanto a, (ii) las diferencias entre los distintos medios de comunicación, se declaró que “los sistemas regulatorios deben tomar en consideración las diferencias fundamentales entre los medios de comunicación impresos, de radio y televisión, y el *internet*”, que “a los medios de comunicación de radio y televisión no se les debe requerir un proceso de registro adicional al de obtención de

las licencias de difusión”, que “la asignación de frecuencias radioeléctricas debe basarse en criterios democráticos y asegurar oportunidades equitativas de acceso a las mismas”, y que “[c]ualquier regulación del *internet* debe tomar en consideración las características especiales de este medio de comunicación”. Con respecto a, (iii) los sistemas de registro de los medios de comunicación, los relatores especiales declararon que, “la imposición de requisitos especiales de registro a los medios de comunicación impresos es innecesaria y puede ser objeto de abuso y debe ser evitada”, y que “los sistemas de registro que abren espacio a la discrecionalidad para el rechazo de la inscripción, que imponen condiciones sustantivas especiales a los medios de comunicación impresos o que son supervisados por cuerpos que no son independientes del gobierno son particularmente problemáticos”. Y en cuanto a, (iv) las restricciones a los contenidos, declararon que, “las restricciones a los contenidos de los medios de comunicación son problemáticas”, que “las leyes específicas sobre medios de comunicación no deben reproducir restricciones a los contenidos que ya están previstas en otras leyes, ya que esto es innecesario y puede ser objeto de abuso”, y que, “las leyes sobre el contenido de los medios impresos que prevén sanciones cuasi-penales, como multas o suspensiones, son particularmente problemáticas”.

3. La prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión por causas distintas al abuso de restricciones estatales

160. La libertad de expresión también se puede ver afectada sin la intervención directa de la acción estatal, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”²³⁵. La Corte Interamericana ha entendido que el artículo 13.3 de la Convención Americana no sólo prohíbe las restricciones gubernamentales, sino también los controles particulares que produzcan el mismo resultado. En este sentido,

²³⁵ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 56.

la Corte Interamericana ha afirmado que el artículo 13.3 impone a los Estados una obligación de garantía frente a las relaciones entre particulares que puedan derivar en limitaciones indirectas de la libertad de expresión: “el artículo 13.3 de la Convención [Americana] impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también ‘controles [...] particulares’ que produzcan el mismo resultado”²³⁶. Leído en conjunto con el artículo 1.1 de la Convención Americana, ello implica, en criterio del tribunal, que se viola dicho instrumento no sólo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una violación de la libertad de expresión²³⁷.

161. En este mismo sentido, la Declaración de Principios establece en el principio 12 que, “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

162. Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión derivadas de factores económicos y comerciales en distintas declaraciones conjuntas. Así, por ejemplo, en la Declaración Conjunta de 2001 afirmaron que, “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de

²³⁶ Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 240.

²³⁷ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 48.

la propiedad en los medios de difusión”, y que, “los propietarios y los profesionales de los medios de difusión deben ser estimulados para concertar contratos que garanticen la independencia editorial; los aspectos comerciales no deben incidir indebidamente en el contenido de los medios de difusión”. De igual forma, en la Declaración Conjunta de 2002 se declararon conscientes de, “la amenaza que plantea la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios de comunicación, en particular para la diversidad y la independencia editorial”; y afirmaron que “los propietarios de los medios de prensa tienen la responsabilidad de respetar la libertad de expresión y, en particular, la independencia editorial”.

163. Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE han abordado en varias declaraciones conjuntas el tema de la promoción del pluralismo y la diversidad en los medios, resaltando su importancia para el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Por ejemplo, en su Declaración Conjunta de 2001 adoptaron un segmento sobre “radiodifusión”, en el cual se afirmó: (i) que “la promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión”; (ii) que “las entidades y órganos gubernamentales que regulan la radiodifusión deben estar constituidos de manera de estar protegidos contra las injerencias políticas y comerciales”; y (iii) que “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”.

164. Como se estudiará adelante en detalle, las restricciones indirectas provenientes de particulares no sólo pueden originarse en factores económicos que en la práctica restrinjan el libre flujo de ideas. Otra de las restricciones de este tipo estudiadas por la Corte Interamericana ha sido la restricción a la libertad de expresión proveniente de actos de agresión de particulares. A este respecto, en dos casos en los cuales las agresiones a los periodistas vinculados a ciertos medios de comunicación habrían provenído fundamentalmente de grupos privados, como reacción contra la línea

editorial del medio o contra el contenido de sus informativos, la Corte Interamericana señaló que, “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos violatorios cometidos por terceros, que en principio no le serían atribuibles.”²³⁸ Esto ocurre si el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes de derechos humanos, las obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención [Americana]”²³⁹. Y agregó que, “un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto de particulares. Debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato”²⁴⁰. [...]

²³⁸ Cf. Corte I.D.H., *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. para. 11.a); I/A Court H. R., Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. párr. 113; y Corte I.D.H., *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. párr. 77.

²³⁹ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 109; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 120.

²⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 110; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 121.

Las limitaciones al derecho de practicar la propia religión

Comité de Derechos Humanos
Comunicación N° 1474/2006 del 14 de noviembre de 2007
Gareth Anver Prince c. Sudáfrica

Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor de la comunicación es el Sr. Gareth Anver Prince, nacional sudafricano nacido el 6 de diciembre de 1969. Aduce ser víctima de violaciones por Sudáfrica de sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 18, el artículo 26 y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para Sudáfrica respectivamente el 10 de marzo de 1999 y el 28 de noviembre de 2002. El autor está representado por un abogado, el profesor Frans Viljoen.

Los hechos expuestos por el autor

2.1. El autor es seguidor de la religión rastafari, que surgió en Jamaica y posteriormente en

Etiopía como movimiento de conciencia negra que apunta a derrocar el colonialismo, la opresión y la dominación. Hay unos 12.000 rastafarianos en Sudáfrica. El consumo del *cannabis sativa* (cannabis) es esencial para la religión rastafari. Se utiliza en las reuniones religiosas y en la intimidad del hogar donde no causa molestias a otros. En las ceremonias religiosas, se fuma mediante un cáliz (caña) como parte de la Sagrada Comunión, y se quema como

incienso. En privado, el cannabis se utiliza también como incienso, para bañarse en él, para fumar, para beber y para comer. Aunque no todos los rastafarianos de Sudáfrica pertenecen a organizaciones oficiales, hay cuatro casas de rastafari y un Consejo Nacional Rastafari.

2.2. El autor cumplió todos los requisitos académicos para hacerse abogado. Antes de que puedan ejercer la profesión, en Sudáfrica los futuros abogados deben, además de reunir los requisitos académicos, pasar por un período de servicio comunitario, como lo exige la Ley de abogados¹. El autor pidió al órgano competente (el Colegio de Abogados de El Cabo de Buena Esperanza) que inscribiera su contrato de servicios comunitarios. Al resolver la cuestión, el Colegio de Abogados debe valorar si el candidato es una persona “apta”. Los antecedentes penales o la propensión a cometer delitos comprometerían esa conclusión.

2.3. En virtud de la Ley de estupefacientes y tráfico de estupefacientes y de la Ley sobre el control de medicinas y sustancias conexas², constituye, entre otros, un delito el hecho de poseer o consumir cannabis. Estas leyes admiten excepciones en determinadas condiciones especificadas para los pacientes, médicos, dentistas, farmacéuticos y otros profesionales y cualquier persona que “de otra forma entre en posesión” de una sustancia prohibida de un modo lícito³.

2.4. Al solicitar el ingreso en el Colegio de Abogados, el autor reveló que tenía dos condenas anteriores por poseer cannabis y expresó su propósito, a la luz de sus creencias religiosas, de continuar utilizando el cannabis. Partiendo de esta base, se denegó su solicitud de inscripción para los servicios comunitarios. Por tanto, fue colocado en la posición de tener que elegir entre su fe y su carrera jurídica.

2.5. El autor afirmó ante los tribunales sudafricanos que el hecho de que la legislación pertinente no previera una exención

¹ Ley N° 53 de 1979.

² Ley N° 108 de 1996.

³ Véanse, por ejemplo, los incisos i), ii), iii), iv) y v) del apartado b) del artículo 4 de la Ley de estupefacientes y tráfico de estupefacientes.

que permitiera a los rastafarianos de buena fe poseer y consumir el cananabis para fines religiosos constituía una violación de sus derechos constitucionales en virtud de la Declaración de Derechos sudafricana⁴. El 23 de marzo de 1998, el Tribunal Superior de El Cabo desestimó la solicitud del autor de que revisara la decisión del Colegio de Abogados⁵. El 25 de mayo de 2000, el Tribunal Supremo rechazó su apelación⁶. El Tribunal Constitucional dictó dos sentencias, el 12 de diciembre de 2000 y el 25 de enero de 2002⁷. En la segunda, decidió, por una mayoría de cinco contra cuatro, que aunque la Ley de estupefacientes limitaba sus derechos constitucionales, esa limitación era razonable y justificable en virtud del artículo 36⁸ de la Constitución. A juicio de la minoría era inconstitucional prohibir la posesión y el consumo de cannabis en prácticas religiosas que no constituyeran un riesgo inaceptable para la sociedad y el individuo y el Gobierno debería permitir una exención.

2.6. En 2002, el autor presentó una solicitud a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La cuestión era si el hecho de no eximir a los rastafarianos de buena fe de la pro-

⁴ Véanse los artículos de la Constitución mencionados en el párrafo 4.11 *infra*.

⁵ *Prince c. el Presidente del Colegio de Abogados, El Cabo de Buena Esperanza y otros* 1998 8 BCLR 976 (C), dictada el 23 de marzo de 1998.

⁶ *Prince c. el Presidente del Colegio de Abogados de El Cabo y otros* 2000 3 SA 845 (SCA), dictada el 25 de mayo de 2000.

⁷ *Prince c. el Presidente del Colegio de Abogados de El Cabo y otros* 2001 2 SA 388 (CC), dictada el 12 de diciembre de 2000 (*Prince I*) y *Prince c. el Presidente del Colegio de Abogados de El Cabo y otros* 2002 2 SA 794 (CC), dictada el 25 de enero de 2002 (*Prince II*).

⁸ Artículo 36 de la Constitución - Limitación de derechos "1) Los derechos contenidos en la Declaración de Derechos sólo pueden verse limitados por leyes de aplicación general, siempre que dicha limitación resulte razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración todos los factores pertinentes, en particular: a) La naturaleza del derecho; b) La importancia del propósito de la limitación; c) La naturaleza y el alcance de la limitación; d) La relación entre la limitación y su propósito; y e) Los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito. 2) Salvo conforme a las disposiciones del inciso 1) o a cualquier disposición de la Constitución, ninguna ley podrá limitar ninguno de los derechos contenidos en la Declaración de Derechos."

hibición del consumo y la posesión de cannabis para fines religiosos violaba la Carta Africana. En diciembre de 2004, la Comisión Africana declaró que no había habido violación de los derechos del autor.

La denuncia

3.1. El autor denuncia una violación del párrafo 1 del artículo 18 del Pacto y se remite a la Observación general N° 22, en la que se dice que el concepto de culto “se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias”. El autor es un creyente sincero en el rastafarianismo. El uso del cannabis se acepta como parte integrante de esa religión y es fundamental para su práctica. El autor afirma que el Estado Parte tiene la obligación positiva de adoptar medidas para proteger en la práctica su derecho a la libertad de religión.

3.2. El autor sostiene que el caso *Bhinder c. el Canadá*⁹ difiere del suyo porque en éste la justificación de la limitación es mucho menos concreta y el hecho de no eximir a los rastafarianos se basa en cuestiones prácticas tales como el costo y las dificultades de aplicar y hacer cumplir una exención. El autor está plenamente informado y está dispuesto a aceptar cualquier riesgo, si lo hubiere, para él personalmente. Afirma que el objetivo legítimo de impedir el daño causado por el consumo de sustancias que producen dependencia peligrosa no requiere una prohibición general del consumo y la posesión de cannabis con fines religiosos. La limitación es excesiva, por cuanto afecta a todos los usos del cannabis por los rastafarianos, cualesquiera que sean la forma de consumo, la cantidad utilizada o las circunstancias, siendo así que el consumo de cannabis para fines religiosos adopta múltiples formas. Una exención específica no abriría las compuertas del consumo ilícito; no hay pruebas de que una exención entrañe riesgos sustanciales para la salud o la seguridad de la sociedad en general. La denegación de su derecho a la libertad de religión es mayor que la necesaria para alcanzar cualquier objetivo legítimo.

⁹ Comunicación N° 208/1986, dictamen aprobado el 9 de noviembre de 1989.

3.3. El autor afirma ser víctima de una violación del artículo 26, ya que el hecho de no diferenciar a la religión rastafari de otras religiones constituye discriminación. Se ve obligado a optar entre la adhesión a su religión y el respeto de la ley del territorio.

3.4. El autor afirma que el hecho de no buscar y encontrar una exención efectiva para los rastafarianos constituye una violación del artículo 27. El rastafarianismo es esencialmente de carácter colectivo, por ser una forma particular de vida, en comunidad con otros. Esta forma de vida tiene hondas raíces africanas.

3.5. El autor afirma que su denuncia es admisible. Su comunicación no está siendo examinada por ningún otro procedimiento de examen o arreglo internacional, puesto que la Comisión Africana ya formuló una decisión sobre el fondo. El autor ha agotado los recursos internos, ya que su caso fue examinado por el Tribunal Supremo de Apelación y el Tribunal Constitucional.

3.6. El autor afirma que su denuncia es admisible *ratione temporis*. Aunque las sentencias de los tribunales nacionales fueron dictadas antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte en 2002, las presuntas violaciones constituyen “violaciones continuadas” con “efectos continuados”, que persisten en el período después de la entrada en vigor y en la actualidad. La Ley de abogados N° 53 de 1979 y la Ley N° 140 de estupefacientes y tráfico de estupefacientes de 1992 siguen estando vigentes, por lo que el marco legislativo aún constituye un obstáculo para la libre expresión del autor de su derecho a la religión. El autor hace referencia al caso *Lovelace c. el Canadá*¹⁰ y arguye que su comunicación se refiere al efecto continuado de la Ley de abogados y de la Ley de tráfico de estupefacientes, por lo cual no puede inscribirse en el Colegio de Abogados para prestar servicios comunitarios.

Comunicación del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1. El 24 de julio de 2006, el Estado Parte formuló observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación. Afirma que los

¹⁰ Comunicación N° 24/1977, dictamen aprobado el 30 de julio de 1981, párr. 13.1.

recursos internos no se han agotado ya que el autor, en sus recursos a los tribunales nacionales, no intentó lograr que la prohibición del cannabis fuese declarada inconstitucional e inválida, y que esas prohibiciones fueran eliminadas de la ley respectiva en beneficio de toda la población, como sucede en general al impugnar disposiciones legislativas que se consideran incompatibles con la Constitución. Solamente impugnó la constitucionalidad de las leyes que prohibían el consumo del cannabis en la medida en que no formulaban una excepción en favor de una minoría de 10.000 personas, permitiendo el consumo de cannabis para fines religiosos. El Estado Parte afirma que la razón por la cual la prohibición de la posesión y el consumo de cannabis sigue vigente es que el planteamiento del autor ante los tribunales nacionales fue erróneo.

4.2. El Estado Parte afirma que la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 28 de noviembre de 2002. Los hechos y los recursos en los tribunales nacionales tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, ya que el Tribunal Constitucional dictó su sentencia definitiva el 25 de enero de 2002. En cuanto al argumento del autor según el cual la violación tiene efectos continuados porque las leyes siguen prohibiendo la posesión y el consumo de cannabis, el Estado Parte considera que carece de valor, ya que el autor no pidió que las leyes de prohibición fuesen declaradas inconstitucionales e inválidas. Por tanto, no puede afirmar que el hecho de que esas leyes sigan aplicándose constituye una violación continuada. El Estado Parte se remite a la jurisprudencia del Comité¹¹ según la cual los efectos continuados pueden considerarse una afirmación de presuntas violaciones anteriores. Sostiene que no ha afirmado las disposiciones mencionadas de las leyes pertinentes, ya que permanecen inalteradas.

4.3. El Estado Parte recuerda que los mismos hechos ya fueron examinados por la Comisión Africana, la cual declaró que no había

¹¹ Comunicación N° 520/1992, *Könye y Könye c. Hungría*, decisión sobre la admisibilidad de 7 de abril de 1994, párr. 6.4; comunicación N° 422/1990, *Aduayoum y otros c. el Togo*, dictamen aprobado el 12 de julio de 1996, párr. 6.2.

habido violación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El Estado Parte indica que el Comité debería ampliar su interpretación literal de la expresión “está siendo examinada” para tener en cuenta cuestiones de política como el fenómeno de la “apelación” de un órgano a otro, ya que el riesgo de “búsqueda del foro de derechos humanos más favorable”¹² es considerable. Considera que el Comité, al conocer el caso, tiene la oportunidad de dar una clara orientación, de forma innovadora y creativa, sobre el modo en que se propone contribuir al mantenimiento de un sistema internacional de derechos humanos que sea creíble, respetado y unificado.

4.4. El 24 de noviembre de 2006, el Estado Parte formuló observaciones sobre el fondo. Afirma que aunque en efecto su legislación produce una limitación del derecho a la libertad de religión de los rastafarianos, esa limitación es razonable y justificable en virtud de la cláusula de limitación contenida en el párrafo 3 del artículo 18. Además, es proporcionada y necesaria para el logro de los objetivos legítimos previstos en ese artículo, a saber: la protección de la seguridad, el orden, la salud, la moral públicos y los derechos y libertades fundamentales de los demás. Tanto el Tribunal Superior de El Cabo como, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, declararon que, si bien la legislación de que se quejaba el autor limitaba sus derechos constitucionales, esa limitación era razonable y justificable a la luz del artículo 36 de la Constitución del Estado Parte.

4.5. Para el Estado Parte, la cuestión esencial que debe examinar el Comité no es si se ha producido una limitación de los derechos de los rastafarianos, sino si esa limitación está comprendida en la cláusula de limitación contenida en el párrafo 3 del artículo 18. El Estado Parte destaca que, a nivel nacional, el autor no impugnó la constitucionalidad de la prohibición de la posesión y el consumo de cannabis, aceptando que sirve para un fin legítimo,

¹² El Estado Parte hace referencia a un artículo de J. S. Davidson “The Procedure and Practice of the Human Rights Committee under the First OP to the IC-CPR” (1991), 4 *Canterbury Law Review*, página 337 en la pág. 342, que figura como anexo a sus comunicaciones.

sino que adujo que esa prohibición era excesiva y que debería preverse una exención para el consumo religioso por los rastafarianos. En el caso sometido al Tribunal Superior de El Cabo, se pidió que se legalizara la posesión y el consumo de cannabis para fines religiosos por los rastafarianos. En apelación, se pidió que se concediera una exención para el transporte y el cultivo de cannabis, pero la exención solicitada pasó a ser mucho más amplia ante el Tribunal Constitucional, en el que se pidió la importación y el transporte a los centros de consumo y distribución para los rastafarianos. De ello se desprende que en la práctica lo que pide el autor es una exención para legalizar toda una cadena de cultivo, importación, transporte, suministro y venta de cannabis a los rastafarianos. En la práctica, la única solución viable sería la creación y aplicación de una cadena “legal” de suministro de cannabis, como excepción al comercio ilegal de cannabis y en paralelo con éste. La mayoría en la sentencia de 2002 del Tribunal Constitucional declaró, tras examinar pormenorizadamente la cláusula limitativa del artículo 36 de la Constitución y el derecho extranjero aplicable, que la solicitud no podía atenderse en la práctica¹³.

4.6. Al concluir que la prohibición “general” del consumo de cannabis era proporcionada al fin legítimo de proteger al público frente al perjuicio causado por el consumo de drogas, el Tribunal

¹³ “No hay una manera objetiva en que un agente encargado de hacer cumplir la ley pueda distinguir entre el consumo de cannabis para fines religiosos y el consumo de cannabis para fines recreativos. Sería aún más difícil, sino imposible, distinguir objetivamente entre la posesión de cannabis para uno u otro de los fines antes mencionados.” (Párr. 130). “Habría dificultades prácticas para aplicar un sistema de permisos... Ello incluiría los problemas financieros y administrativos relacionados con el establecimiento y aplicación de tal el sistema, y las dificultades de fiscalización que se producirían si se expedieran permisos que sancionaran la posesión y el consumo de cannabis para fines religiosos.” (Párr. 134). “El consumo de cannabis por los rastafarianos no puede ser, dadas las circunstancias, sancionado sin menoscabar la capacidad del Estado para aplicar su legislación en beneficio del público en general y para cumplir su obligación internacional de hacerlo. El hecho de no establecer una disposición de exención respecto de la posesión y el consumo de cannabis por los rastafarianos es, por tanto, razonable y justificable a la luz de nuestra Constitución.” (Párr. 139).

Constitucional valoró cuidadosamente la importancia de la limitación, la relación entre la limitación y su fin y el efecto que una exención por razones religiosas tendría sobre la finalidad general de la limitación, frente al derecho del autor a la libertad de religión. Tuvo en cuenta la naturaleza y la importancia de ese derecho en una sociedad democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, la importancia del consumo de cannabis en la religión rastafari y el efecto de la limitación sobre el derecho a practicar la religión.

4.7. Respecto de la referencia del abogado al caso *Bhinder* y su afirmación de que tolerar una exención permitida en beneficio de los rastafarianos constituiría un peligro pequeño para la seguridad o la salud públicas, el Estado Parte reitera que aplicar tal sistema de permisos presentaría dificultades prácticas, y que es imposible impedir que una sustancia peligrosa se escape del sistema y constituya una amenaza para el público en general. Los datos médicos sobre los efectos perjudiciales del cannabis fueron valorados y aceptados por el Tribunal Constitucional en cuanto tales¹⁴.

4.8. El Estado Parte invoca la decisión de inadmisibilidad dictada por el Comité en el caso *M. A. B., W. A. T. y J.-A. Y. T. c. el Canadá*¹⁵, en la que el Comité consideró que el consumo de cannabis para fines religiosos no podía incluirse en el ámbito del artículo 18. El Estado Parte llega a la conclusión de que no hubo violación del artículo 18.

4.9. En cuanto a la denuncia del autor en virtud del artículo 26, el Estado Parte recuerda que las distinciones están justificadas, siempre que se basen en criterios razonables y objetivos, lo cual depende a su vez de las circunstancias específicas y de la situación general del país de que se trate. Hace referencia al dictamen en el caso *Broeks*¹⁶, en el que el Comité sostuvo que el derecho de igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación

¹⁴ Véase el párrafo 13 de la sentencia de 2002.

¹⁵ Comunicación N° 570/1993, decisión sobre la admisibilidad de 8 de abril de 1994.

¹⁶ Comunicación N° 172/1984, dictamen aprobado el 9 de abril de 1987, parr. 13.

alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no constituye una discriminación prohibida en el sentido del artículo 26.

4.10. La legislación del Estado Parte y la limitación relativa al cannabis se aplican de igual modo a todos, tanto a los rastafarianos como a los demás. Por tanto, la limitación no viola derecho al trato igual y a la igualdad ante la ley. El autor hace valer el derecho a que se adopten medidas positivas, con gran costo administrativo y financiero, en favor de los rastafarianos para garantizar la igualdad de su grupo con otros grupos religiosos. Ahora bien, ese trato especial en favor de los rastafarianos puede interpretarse como una forma de discriminación contra otros grupos de la sociedad que también consideran que tienen necesidades especiales y aspiraciones legítimas a quedar exentos de determinadas disposiciones de la legislación interna. Las obligaciones contenidas en el artículo 26 hacen referencia a la igualdad, la no discriminación y la protección igual ante la ley, normas que también están consagradas y protegidas en la Constitución del Estado Parte. La protección igual en este contexto no incluye la obligación de establecer exenciones para determinadas clases de personas.

4.11. Respecto del argumento del autor relativo al artículo 27, el Estado Parte indica que su Constitución contiene el mismo derecho formulado en palabras casi idénticas¹⁷. Es bien sabido que los rastafarianos constituyen un grupo minoritario religioso en la sociedad sudafricana. Al resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta la protección concedida a los grupos religiosos minoritarios, como los rastafarianos, a luz del párrafo 1 del artículo 15¹⁸, y

¹⁷ Artículo 31 de la Constitución sudafricana: “1) Los miembros de comunidades culturales, religiosas o lingüísticas no podrán ser privados del derecho a: a) disfrutar de su cultura, practicar su religión y utilizar su idioma; y b) constituir, integrar y mantener asociaciones culturales, religiosas lingüísticas y otras entidades de la sociedad civil. 2) El ejercicio de los derechos consignados en el inciso 1) no deberá infringir de manera alguna ninguna de las disposiciones de la Declaración de Derechos.”

¹⁸ Párrafo 1 del artículo 15: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de conciencia, religión, pensamiento, credo y opinión.”

el artículo 31¹⁹ de la Constitución, y la protección constitucional requerida por un grupo pequeño, vulnerable y marginado como los rastafarianos²⁰. El Tribunal llegó a la conclusión de que la pretensión del autor era impracticable y declaró que la legislación del caso imponía limitaciones razonables y justificables al derecho a la libertad de religión, particularmente en relación con el contexto de las asociaciones previsto en el artículo 31 de la Constitución.

4.12. El Estado Parte subraya que el autor no actuó en nombre de los rastafarianos como grupo ante los tribunales nacionales ni ante el Comité. Además, no presentó ante el Comité hechos que fundamentaran su opinión de que los rastafarianos como grupo minoritario eran objeto singular de discriminación. Si por limitaciones razonables y justificables no se reconoce a un miembro de un grupo minoritario el derecho al consumo de cannabis durante las ceremonias religiosas, ese derecho tampoco puede entenderse de forma colectiva, ya que se aplicarán las mismas limitaciones.

Comentarios del autor

5.1. El 31 de enero de 2007, el autor presentó sus comentarios sobre las observaciones del Estado Parte y reafirmó que su comunicación era admisible. En cuanto al argumento del Estado Parte en favor de la inadmisibilidad *ratione temporis*, el autor aduce que si la violación o sus efectos persisten después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, en tal caso, aunque el Protocolo haya entrado en vigor después de ocurrida la violación, debe determinarse la existencia de una violación continuada y declararse admisible la

¹⁹ Artículo 31 - Comunidades culturales, religiosas y lingüísticas: “1) Los miembros de comunidades culturales, religiosas o lingüísticas no podrán ser privados del derecho a:

a) Disfrutar de su cultura, practicar su religión y utilizar su idioma; y b) constituir, integrar y mantener asociaciones culturales, religiosas y lingüísticas y otras entidades de la sociedad civil. 2) El ejercicio de los derechos consignados en el inciso 1) no deberá infringir de manera alguna ninguna de las disposiciones de la Declaración de Derechos.”

²⁰ Véase el párrafo 122 de la decisión de 2002 del Tribunal Constitucional.

comunicación²¹. A juicio del Tribunal Constitucional, la legislación de que se trata en este caso es constitucional. Esta legislación se mantiene en vigor. Mal cabría esperar del autor que “reitere” los *mismos* argumentos ante los *mismos* tribunales en relación con la *misma* legislación; de hecho, a ello se opondría la excepción de cosa juzgada o se respondería que la cuestión que carece de efecto práctico. En todo caso, el autor sigue sin poder inscribir su contrato de servicios comunitarios, requisito necesario para el ejercicio de la abogacía y, por consiguiente, no puede ejercer la profesión que ha elegido por causa de sus convicciones religiosas.

5.2. Con respecto a la cuestión del agotamiento de los recursos internos, el autor reconoce que la finalidad del caso planteado ante los tribunales sudafricanos no era impugnar la constitucionalidad de la prohibición *general* de la posesión y el consumo de cannabis, sino impugnar la constitucionalidad de la legislación pertinente solamente en la medida en que no prevé una exención limitada que permita a un grupo concreto poseer y consumir cannabis por motivos religiosos demostrados. En virtud de la ley de Sudáfrica, el solicitante tiene derecho a impugnar la constitucionalidad de la legislación por considerarla excesiva y no está obligado a impugnar la validez constitucional de una “disposición general” en su totalidad, como alega el Estado Parte. De hecho, el propio Tribunal Constitucional calificó el recurso constitucional del autor como un recurso contra el hecho de que las “disposiciones impugnadas son excesivamente generales”²², y conoció de él como tal.

5.3. En cuanto al fondo, el autor acepta que pueda ser razonable y justificable limitar el derecho a la libertad religiosa. No sostiene que el párrafo 3 del artículo 18 del Pacto no se aplica al presente

²¹ Véanse la comunicación N° 422/1990, *Aduayom y otros c. el Togo*, y la comunicación N° 24/1977, *Lovelace c. el Canadá*, párr. 13.1: “El Comité estima que la presente queja se funda, en esencia, en el efecto persistente de la *Indian Act* en cuanto a la denegación de la condición jurídica de india a Sandra Lovelace... Este hecho persiste después de la entrada en vigor del Pacto, y sus efectos deben examinarse sin tener en cuenta su causa inicial”.

²² *Prince c. el Presidente del Colegio de Abogados de El Cabo y otros*, 2002 2 SA 794 (CC), fallo de 25 de enero de 2002, fallo del Tribunal Constitucional, párr. 31.

caso. Mientras que el Estado Parte destaca el “examen pormenorizado” de los factores pertinentes que hizo el Tribunal Constitucional, el autor señala que dicho Tribunal adoptó su decisión por un escaso margen de cinco votos contra cuatro²³. El autor sostiene que el Gobierno no examinó debidamente todas las formas que podrían adoptar una enmienda legislativa y una infraestructura administrativa adecuadas que permitieran establecer una exención limitada. El magistrado Ngcobo, en representación de la opinión minoritaria del Tribunal, observó que los representantes del Estado no habían dado a entender que fuera imposible resolver estos problemas mediante una legislación y una infraestructura administrativa adecuadas. No es necesario invocar el espectro de toda una cadena de cultivo, importación, transporte, suministro y venta de cannabis, puesto que lo único que solicita el autor es que el sistema legislativo y administrativo vigente permita su consumo de cannabis por motivos religiosos. El Gobierno no llevó a cabo un proceso de consultas para determinar de qué manera podrían hacerse valer los derechos del autor en un sistema viable que no planteara los riesgos que se mencionan en los medios de prueba.

5.4. El autor se remite a la Observación general N° 22 del Comité relativa al artículo 18, en virtud de la cual las limitaciones que se impongan al derecho a practicar o manifestar la propia religión deben estar prescritas por la ley y no deben aplicarse de manera que vicie los derechos garantizados en el artículo 18. El autor aduce que las leyes en cuestión²⁴ se aplican de tal forma que niegan su derecho a practicar o manifestar su religión, puesto que se le deniega la libertad de consumir cannabis con fines religiosos.

²³ La sentencia (que refleja la opinión mayoritaria del Tribunal) fue suscrita por el Presidente del Tribunal, Chaskalson, junto con los magistrados Ackermann, Kriegler, Goldstone y Yacoob. La opinión minoritaria correspondió a los magistrados Ncobo, Mokgoro, Sachs y al magistrado suplente Madlanga. Únicamente 9 de los 11 magistrados del Tribunal Constitucional participaron en el presente caso.

²⁴ La Ley N° 140 de estupefacientes y tráfico de estupefacientes de 1992 y la Ley N° 101 sobre el control de medicinas y sustancias conexas de 1965.

5.5. El autor señala que si pueden hacerse excepciones a la prohibición del consumo de cannabis con fines médicos y profesionales, y el Estado las puede aplicar eficazmente, también podrían establecerse y aplicarse eficazmente excepciones a la prohibición del consumo de cannabis por motivos religiosos, sin que ello supusiera una carga adicional para el Estado Parte. La falta de voluntad de éste para eximir el consumo de cannabis por motivos religiosos de la prohibición legal deja sin efecto la libertad del autor de practicar su religión, garantizada por el artículo 18, y no se puede no justificar en virtud del párrafo 3 del artículo 18.

5.6. Con respecto al artículo 26, el autor reitera que la postura jurídica actual constituye una violación de hecho de su derecho a la igualdad, y que el Gobierno tiene la obligación de rectificar esa situación. El autor aduce que la ley que proscribe la posesión y el consumo de cannabis se aplica a “todos” y no otorga un trato especial a los rastafarianos, pero que, por sus efectos, los discrimina, ya que afecta *a ellos* y a su religión y no a todos los demás y a su religión²⁵.

5.7. El autor aduce que incumbe al Comité decidir si se tuvieron razonablemente en cuenta sus derechos. En caso contrario, debe encontrarse una cláusula de exención viable -y no es el Comité, sino el ejecutivo del Estado Parte el que debe hacerlo. Al determinar la solución más viable, el Parlamento habrá de tener en cuenta factores tales como los gastos financieros y administrativos. Estas consideraciones pueden afectar a los medios que se elijan, pero no pueden justificar una violación del Pacto.

5.8. El autor sostiene que, como miembro de una minoría religiosa, puede acogerse al artículo 27, según el cual quien lo haga valer debe “pertener” a minorías de este tipo. Aunque es posible que el autor no haya actuado explícitamente “en nombre de” todos los rastafarianos, tanto la opinión mayoritaria como la opinión minoritaria del Tribunal Constitucional dan a entender que el autor es miembro de la comunidad rastafariana y que el ejercicio de su religión tiene elementos marcadamente comunitarios.

²⁵ El autor se remite a la comunicación N° 666/1995, *Foin c. Francia*, dictamen aprobado el 3 de noviembre de 1999, párrs. 8.3 a 8.8.

5.9. Por último, el autor afirma que incumbe al Estado Parte probar que el interés del Estado es superior al suyo. Su mera afirmación de que la aplicación de un sistema de permisos favorable al autor resultaría onerosa no constituye prueba, máxime que ya *existen* excepciones a la prohibición general de consumir cannabis en la legislación del Estado Parte. La restricción impuesta a la práctica religiosa de los rastafarianos por la legislación del Estado Parte no es razonable, justificable ni proporcionada al objetivo de proteger al público en el Estado Parte.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1. De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto. El Comité ha comprobado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que este asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.2. El Comité observa que el Estado Parte sostiene que una reclamación similar presentada por el autor ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue desestimada en cuanto al fondo en diciembre de 2004. No obstante, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo a la admisibilidad de la presente comunicación, puesto que el asunto ya no está en trámite en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional, y Sudáfrica no ha formulado reservas al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. La clara formulación de la disposición del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 contradice la interpretación del Estado Parte enunciada en el párrafo 4.3 *supra*.

6.3. En cuanto al argumento del Estado Parte de que el autor no ha agotado los recursos internos porque no presentó una impugnación general de la ley ante los tribunales nacionales, el Comité

observa que el autor llevó su pretensión de que debía otorgarse a los rastafarianos una exención viable de la prohibición general de posesión y consumo de cannabis hasta el Tribunal Constitucional, máximo tribunal del Estado Parte. Habida cuenta de que ese es precisamente el contenido de la reclamación presentada ante el Comité, éste concluye que el autor ha agotado los recursos internos a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.4. El Estado Parte ha impugnado la admisibilidad *ratione temporis* de la comunicación, porque las actuaciones y las solicitudes presentadas ante los tribunales de la jurisdicción interna se resolvieron antes de que entrara en vigor el Protocolo Facultativo el 28 de noviembre de 2002 y porque no se mencionaron las disposiciones pertinentes de la legislación en cuestión. El Comité recuerda que no puede examinar denuncias de violaciones del Pacto que sean anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en el Estado Parte, salvo que esas violaciones persistan después de esa fecha o sigan surtiendo efectos que, en sí mismos, constituyan una violación del Pacto²⁶. Si bien los tribunales nacionales resolvieron finalmente la reclamación del autor antes de que entrara en vigor el Protocolo Facultativo, el Comité observa que la reclamación del autor está relacionada con la aplicación de la Ley N° 140 de estupefacientes y tráfico de estupefacientes de 1992 y con la Ley de abogados N° 53, de 1979, que siguen en vigor. El Comité considera que la cuestión de si los efectos de la legislación impugnada que persisten después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo constituyen una violación es una cuestión estrechamente interrelacionada con el fondo de este caso. Por lo tanto, es más adecuado examinarla al mismo tiempo que el fondo de las reclamaciones del autor al amparo de los artículos 18, 26 y 27.

²⁶ Véanse la comunicación N° 24/1977, *Lovelace c. el Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1981, párr. 7.3; la comunicación N° 1367/2005, *Anderson c. Australia*, decisión sobre la admisibilidad de 31 de octubre de 2006, párr. 7.3; y la comunicación N° 1424/2005, *Anton c. Argelia*, decisión sobre la admisibilidad de 1° de noviembre de 2006, párr. 8.3.

6.5. Respecto de la referencia del Estado Parte a la decisión de inadmisibilidad del Comité en el caso *M. A. B., W. A. T. y J.-A. Y. T. c. el Canadá*²⁷, el Comité considera que la situación de hecho y de derecho en el presente caso puede y debe distinguirse de la de ese caso, que, según entendía, concernía a las actividades de una organización religiosa cuya creencia consistía principal o exclusivamente en el culto y distribución de un estupefaciente. El rastafarianismo como religión en el sentido del artículo 18 no se discute en ese caso de autos. El Comité llegó a la conclusión de que tal creencia no podía incluirse en el ámbito del artículo 18 del Pacto.

6.6. En vista de lo que antecede, el Comité llega a la conclusión de que la comunicación es admisible.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado las partes, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2. El autor sostiene que se ha vulnerado su derecho a la libertad de religión, porque la ley impugnada no prevé una exención que le permita consumir cannabis con fines religiosos. El Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias en cultos, ritos, prácticas y enseñanzas abarca una amplia variedad de actos, y que el concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales que dan expresión a las creencias, así como a diversas prácticas que son parte integrante de esos actos²⁸. El Comité observa que los antecedentes que tiene a la vista indican que el uso del cannabis es inherente a la manifestación de la religión rastafari. A este respecto, recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede ser objeto de limitaciones que prescriba la ley y sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

²⁷ Véase el párr. 4.8 *supra*.

²⁸ Véase la comunicación N° 721/1996, *Clement Boodoo c. Trinidad y Tabago*, dictamen aprobado el 2 de abril de 2002, párr. 6.6.

7.3. El Comité observa que la prohibición de la posesión y el consumo de cannabis, que constituye la limitación de la libertad del autor de manifestar su religión, está prescrita por la ley (la Ley N° 140 de estupefacientes y tráfico de estupefacientes de 1992). También toma nota de la afirmación del Estado Parte de que la ley en cuestión fue concebida para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, en razón de los efectos nocivos del cannabis, de que una exención que permitiera un sistema de importación, transporte y distribución a los rastafarianos podría constituir una amenaza para el público en general, en caso de que algo de cannabis entrase en circulación general. En estas circunstancias, el Comité no puede llegar a la conclusión de que la prohibición de la posesión y el consumo de estupefacientes, sin exención alguna para grupos religiosos particulares, no es proporcionada y necesaria para el logro de este propósito. El Comité considera que el hecho de que el Estado Parte no exima a los rastafarianos de su prohibición general de poseer y consumir cannabis está justificado, en las circunstancias de este caso, en virtud del párrafo 3 del artículo 18 y, en consecuencia, estima que los hechos del caso no revelan una violación del párrafo 1 del artículo 18.

7.4. En cuanto a la pretensión del autor de que el hecho de no conceder una exención a los rastafarianos conculca sus derechos con arreglo al artículo 27, el Comité observa que está fuera de duda que el autor es miembro de una minoría religiosa y que el consumo de cannabis es parte esencial de la práctica de su religión. La legislación del Estado Parte constituye, por lo tanto, una injerencia en el derecho del autor, como miembro de una minoría religiosa, de practicar su propia religión, en comunidad con los otros miembros de su grupo. Sin embargo, el Comité recuerda que no toda injerencia puede considerarse una denegación de derechos en el sentido del artículo 27²⁹. Algunas limitaciones al derecho de practicar la propia religión mediante el consumo de estupefacientes son compatibles

²⁹ Véase la comunicación N° 24/1977, *Lovelace c. el Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1981, párr. 15.

con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 27 del Pacto. El Comité no puede llegar a la conclusión de que una prohibición general de posesión y consumo de cannabis constituya una justificación no razonable para limitar los derechos del autor en virtud de este artículo y dictamina que los hechos no revelan una violación del artículo 27.

7.5. El autor sostiene que es víctima de una discriminación de hecho porque, a diferencia de otros, tiene que elegir entre la adhesión a su religión y el respeto de las leyes del país. El Comité recuerda que una norma o medida aparentemente neutra o carente de la intención de discriminar puede tener un efecto discriminatorio que dé lugar a una violación del artículo 26. Sin embargo, sólo puede afirmarse que esa discriminación indirecta se basa en los motivos establecidos en el artículo 26 del Pacto si los efectos nocivos de la norma o decisión afectan exclusiva o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. Además, las normas o decisiones que tienen ese efecto no equivalen a discriminación si están basadas en motivos objetivos y razonables³⁰. En las circunstancias del presente caso, el Comité observa que la prohibición de la posesión y el consumo de cannabis afecta a todos por igual, incluidos los miembros de otros movimientos religiosos que también pueden creer en los efectos beneficiosos de los estupefacientes. En consecuencia, considera que la prohibición se basa en motivos objetivos y razonables. El Comité llega a la conclusión de que el hecho de que el Estado Parte no conceda una exención a los rastafarianos no constituye un trato diferente contrario al artículo 26.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no ponen de manifiesto la violación de un artículo del Pacto.

³⁰ Véanse la Observación general N° 18 del Comité sobre la no discriminación y la comunicación N° 998/2001, *Rupert Althammer y otros c. Austria*, dictamen aprobado el 8 de agosto de 2003, párr. 10.2.

La objeción de conciencia ante la práctica del aborto

Corte Constitucional

Sentencia T-388/09

Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009)

[...] II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

El peticionario, quien obra en nombre de su compañera permanente, solicitó le fuera realizado a esta última el procedimiento de interrupción del embarazo por grave malformación del feto –de conformidad con lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional, interpretando los arts. 122, 123 y 124 de la ley 80 de 2004, concluyó que resulta legítima la práctica del aborto inducido en algunas circunstancias, dentro de las cuales está el presentarse “grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico-, así como exigió a la E. P. S. le fueran practicados a la joven los exámenes de diagnóstico indispensables para determinar las causas de la malformación del feto.

A partir de las pruebas allegadas al expediente, se confirmó que con fundamento en los exámenes practicados a la actora, los médicos habían constatado polimalformación y probable displasia ósea del feto, por lo cual se convocó Junta Médica con la participación de médicos y médicas especialistas quienes llegaron a la conclusión

de conformidad con la cual era preciso interrumpir el embarazo de manera urgente.

Una vez concedida la autorización para efectuar la interrupción del embarazo, la entidad demandada accedió a realizar el procedimiento pero el médico ginecólogo Jorge de Ávila solicitó orden de autoridad judicial para proceder a realizar tal intervención quirúrgica. De otra parte, SaludCoop E. P. S. se negó a llevar a cabo los exámenes de diagnóstico encaminados a determinar los motivos de las malformaciones en el feto. Alegó la E. P. S. que estas prestaciones no estaban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y que no se había probado por parte del peticionario la incapacidad de pago, con lo cual, insistió la entidad demandada, no resultaba factible aplicar las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para reclamar prestaciones por fuera del POS.

El juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la tutela –folio 33 y 34-. Mediante providencia emitida el día 25 de agosto de 2006, la jueza Segunda Penal del Circuito de Santa Marta resuelve no darle curso a la solicitud de impedimento elevada, por estimar que las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo. Por esta razón, resolvió asignarle la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

Devuelto el expediente para ser fallado por el juez *a quo*, este último decidió negar la protección invocada –folio 59 a 65-. Dentro de las consideraciones de la sentencia señaló la objeción de conciencia derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional como argumento para no ordenar la interrupción del embarazo. Estimó que la aplicación de esta figura se extendía también a las autoridades judiciales de la República por cuanto, en su opinión, tales autoridades eran también “seres humanos con formación filosófica, religiosa, cultural etc.” Por esos motivos decidió negar la tutela.

En segunda instancia, con fundamento en la providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todas sus partes el fallo de

tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la actora –folios 91 a 102–; así mismo, ordenó a la E. P. S. SaludCoop que en un término perentorio de cuarenta y ocho horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. De igual manera, ordenó practicar las pruebas diagnósticas “sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que requiera.”

Siendo estos los hechos, encuentra que para resolver el caso concreto es necesario esclarecer los siguientes problemas jurídicos:

- i. Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C – 355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?
- ii. Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?
- iii. Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

Para la solución de los mismos la Sala se referirá, como cuestión preliminar, i. al hecho superado y a la pertinencia del pronunciamiento en sede de tutela; ii. posteriormente se harán algunas reflexiones sobre los fundamentos constitucionales y jurisprudenciales de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y los supuestos específicos de interrupción del embarazo; iii. a continuación la Sala se referirá a la posibilidad de objeción de conciencia ejercida por autoridades judiciales; iv. posteriormente, se reafirmarán algunas ideas claves respecto del poder vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional; finalmente, v. se dará solución al presente caso.

El desarrollo de los anteriores puntos se hará con base en la estructura que a continuación se transcribe:

3. Consideración preliminar: la carencia actual de objeto y la pertinencia del pronunciamiento en determinados supuestos.

4. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo: fundamentos constitucionales, jurisprudenciales y reglamentarios.
 - 4.1. Desarrollo Jurisprudencial: sentencia C-355 de 2006
 - 4.2. Regulaciones efectuadas por el decreto reglamentario 4444 de 2006
 - 4.3. Desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional en sede de tutela
 - 4.4. Conclusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres
5. La objeción de conciencia: sentido y alcances en un Estado social democrático, participativo y pluralista de derecho como el colombiano (artículo 1º y 7º Superiores)
 - 5.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental y su carácter relacional en el ordenamiento jurídico
 - 5.2. La objeción de conciencia como derecho individual y no institucional o colectivo
 - 5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración
 - 5.4. Conclusiones
6. El poder vinculante de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional, los supuestos específicos de no sanción del aborto y la prevalencia de los derechos de las mujeres en casos específicos
7. El caso concreto [...]

5. La objeción de conciencia: sentido y alcances en un Estado social democrático, participativo y pluralista de derecho como el colombiano (artículo 1º y 7º Superiores)

5.1 La objeción de conciencia como derecho fundamental y su carácter relacional en el ordenamiento jurídico

Con antelación se mencionó que un punto crucial en el asunto *sub judice* era el relativo a la objeción de conciencia, en general, y, en particular, la pregunta acerca de si quienes detentan la calidad de

autoridades judiciales en un Estado social, democrático y pluralista de derecho podían alegar la objeción de conciencia para negarse a tramitar y a decidir un asunto puesto a su consideración o podían fallar sustentados en sus propias convicciones absteniéndose de aplicar la normatividad vigente.

Para responder estos interrogantes, resulta preciso advertir que el texto constitucional colombiano tiene unas características específicas que lo diferencian de otras Constituciones no sólo por la extensión de su articulado sino en razón de la manera como allí se regulan diferentes aspectos de la vida social, política, cultural e institucional bajo un mismo hilo conductor, cual es, la democracia participativa y pluralista respetuosa de la dignidad humana.

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Según el referido precepto:

“Colombia es un *Estado social de derecho*, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática, participativa y pluralista*, fundada en el *respeto de la dignidad humana*, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior)¹²; (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones³ existentes hasta el punto de proteger de modo especial la liber-

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Así lo dispone el artículo 7º de la Constitución Nacional: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.*”

³ La aspiración de una norma constitucional como la de 1991 es obtener, en la medida de lo jurídico, fáctico y económicamente posible, la más plena realización de los valores y principios consagrados en el Preámbulo: “*El pueblo de Colombia//en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de*

tad religiosa⁴, de conciencia y pensamiento⁵ así como la libertad de expresión⁶ y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado.

La Constitución marca, pues, las condiciones de posibilidad de la diversidad como hecho social y cultural así como los linderos dentro de las cuales habrán de realizarse las muy distintas aspiraciones valorativas, cosmovisiones e ideologías propias de una sociedad heterogénea. Al Legislador le corresponde, en efecto, un papel protagónico en relación con el reconocimiento del pluralismo y de la diversidad⁷. En este sentido, el diseño de todas las políticas debe llevarse a cabo de forma tal que las diferencias no se hagan invisibles y se brinde un espacio propicio a la manifestación de los distintos matices ideológicos, culturales, étnicos y sociales.

Desde luego, tanto el trabajo legislativo como las actuaciones de las autoridades públicas y de las personas particulares también están sujetos a límites, pues, de no estarlo, se tendría que considerar a la Constitución como el reflejo de lo resuelto arbitrariamente en sede legislativa. Esto conduciría o bien a un orden cerrado y totalitario en donde tan sólo dominarían los valores que decida de

fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)"

⁴ "ARTICULO 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. / Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley."

⁵ "ARTICULO 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia."

⁶ "ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. / Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura."

⁷ El Legislador tiene una muy amplia potestad de configuración no sólo, y ante todo, porque supone representar a la sociedad en su conjunto (mayoría y minorías) algo que no ocurre con respecto a los demás poderes públicos sino por la manera como adopta sus decisiones: por medio del debate, de la discusión y de la publicidad (artículos 132 a 187 de la Constitución). Esto hace que el Congreso posea un mayor grado de legitimidad.

manera dogmática, abarcadora y excluyente el Legislador o a una situación en la que cada autoridad pública o cada persona particular podría actuar de conformidad con su propio criterio sin importar que con ello se obre de manera desproporcionada e injusta y sin reparar en la necesidad de garantizar el respeto por los derechos de los demás con el fin de obtener al menos un mínimo de integridad y cohesión social bajo el respeto del pluralismo como lo ordena expresamente el texto constitucional (artículo 1º). Justamente para evitar lo anterior, la Constitución colombiana fija límites. El texto constitucional significa, por consiguiente, no sólo motor y campo de acción de la tarea legislativa sino que representa, a un mismo tiempo, frontera y freno de las actuaciones en el ámbito estatal.

Uno de los límites, tal vez el principal, con que se encuentran los poderes constituidos en ejercicio de sus funciones son los derechos fundamentales, entendidos esta vez como ámbitos de autonomía individual que resultan infranqueables para el legislador o la administración de un estado democrático y pluralista. En este contexto es que se encuentra el sustento conceptual de la objeción de conciencia, cuyo propósito inicial es preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral⁸. Esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la objeción de conciencia, en materias como el servicio militar⁹, la educación¹⁰, respecto de la obligación de prestar juramento¹¹, en materia de obligaciones laborales¹² y en materia de salud¹³, entre otras.

En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe¹⁴. En otras palabras, la objeción de conciencia supo-

⁸ Marina Gascón Abellán, *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 202.

⁹ Sentencias T-409 de 1992, C-511 de 1994, C-561 de 1995, T-363 de 1995, C-740 de 2001, T-355 de 2002, T-332 de 2004.

¹⁰ Sentencias T-539^a de 1993, T-075 de 1995, T-588 de 1998, T-877 de 1999, T-026 de 2005.

¹¹ Sentencias T-547 de 1993, C-616 de 1997.

¹² Sentencias T-982 de 2001, T-332 de 2004.

¹³ Sentencias T-411 de 1994, T-744 de 1996, T-659 de 2002, T-471 de 2005.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 203.

ne la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral¹⁵. Aquí no tiene lugar una apelación a la ruptura de una norma con el sentimiento de justicia de la comunidad sino que se resiste su aplicación porque riñe con las propias convicciones morales. Quien ejerce la objeción de conciencia “no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno¹⁶.” Es una persona que “se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica¹⁷.” La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas “se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)]¹⁸.”

El nexo entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia es muy grande hasta el punto de poder afirmar que la objeción de conciencia resulta ser uno de los corolarios obligados de estas libertades. Desde esa perspectiva, existe un escenario de realización humana dentro del cual las interferencias estatales o son inadmisibles o exigen una mayor carga de justificación. Así, quien objeta por razones de conciencia goza *prima facie* de una presunción de corrección moral. El Estado, debe, entretanto, aportar los argumentos que justificarían una intervención en este campo en principio inmune a cualquier interferencia.

Así se ha reconocido en ordenamientos como el estadounidense –tanto por legislación en el nivel federal, como en el nivel estadual en casi todos los estados de la unión–, aunque la objeción de conciencia en el caso de la interrupción del embarazo no esté consagrada expresamente en la Constitución; de igual forma en Francia, luego de la decisión del Consejo Constitucional de 23 de

¹⁵ *Ibíd.*, p. 204.

¹⁶ Lidia Casas, “La objeción de conciencia en salud sexual y reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno.” En: *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, Luisa Cabal y Cristina Motta, (compiladoras), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, p. 275.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Marina Gascón Abellán, *ob. Cit.*, p. 217.

noviembre de 1977, se entiende que la objeción de conciencia en materia de aborto tiene valor constitucional y no simplemente legal¹⁹; y, finalmente, como ejemplo resulta también pertinente mencionar el caso español, en donde se ha reconocido el derecho al personal médico que participa en la interrupción del embarazo.

Ahora bien, uno de los motivos en los que se sustenta la obediencia al derecho descansa sobre la base de garantizar a las personas la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de conciencia. Desde luego, este derecho no es ilimitado y pueden surgir restricciones pues, de lo contrario, no sería factible adoptar medidas vinculantes para las personas asociadas. En similar sentido, jamás se podría hablar de normas aceptadas en forma libre y consciente si no se garantizara el derecho a la libertad de conciencia.

No se trata, por tanto, de verificar si las convicciones que esgrime quien ejerce la objeción de conciencia son justas o injustas, acertadas o erróneas. En principio, la sola existencia de estos motivos podría justificar la objeción por motivos de conciencia. *El problema surge cuando la exteriorización de las propias convicciones morales con el propósito de evadir el cumplimiento de un deber jurídico interfiere el ejercicio de los derechos de otras personas.* Dicho en otros términos: cuando con el ejercicio de la objeción de conciencia se obstaculiza el ejercicio de los derechos de terceras personas, entonces el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, “en un problema de colisión entre el derecho individual y los valores y principios, derechos o bienes protegidos por el deber jurídico²⁰.” Nos hallamos, pues, ante un problema de límites de los derechos constitucionales fundamentales²¹.

A partir de lo expuesto en precedencia se deriva que *el ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado*

¹⁹ En este sentido Escobar Roca Guillermo, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 148 y 149.

²⁰ Escobar Roca Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 281.

²¹ Escobar Roca Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 281-282.

dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social²².” Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia – la cual *prima facie* puede parecer justificada –, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas.

En efecto, la protección de los derechos ocupa un lugar preferencial dentro de los propósitos constitucionales. Ello implica que el sentido y alcance de las fronteras fijadas por la Constitución ha de establecerse de manera que se confiera la más amplia realización posible al ejercicio eficaz y real de los derechos, lo que obliga a interpretar dichas fronteras utilizando criterios restrictivos y favorables a una extensiva puesta en vigencia de los derechos. Empero, resulta preciso admitir que no siempre se dispone de criterios jurídicos claros para determinar de antemano en caso de conflicto entre derechos o entre derechos y bienes jurídicamente protegidos, a cuál magnitud se le ha de conferir prioridad y en qué grado. Semejante situación no se soluciona sentando criterios generales capaces de resolver las polémicas de una vez por todas y para siempre. Si bien es cierto, parece posible sentar algunas pautas orientadoras, el derecho a alegar la inobservancia de un deber jurídico por motivos de conciencia debe ser analizado a la luz de las exigencias de cada caso en concreto.

Dentro de las pautas guía podrán mencionarse – como lo ha recordado la doctrina – el grado de importancia que ostenta “el bien o valor jurídico o derecho protegido por el deber jurídico incumplido²³.” Así como “el grado de reversabilidad de la lesión que tal incumplimiento produce²⁴.” Cuando la obligación en cabeza de quien objetó implica una intervención apenas marginal o mínima de los derechos de terceras personas o puede encontrarse una persona que cumpla esa obligación sin que exista detrimento alguno de tales

²² Escobar Roca Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 225.

²³ Marina Gascón Abellán, ob. Cit., p. 226.

²⁴ *Ibíd.*

derechos, entonces no se ve motivo para impedir el ejercicio de la objeción de conciencia. Lo mismo sucede cuando el deber jurídico se establece en propio interés o beneficio de quien efectúa la objeción.

Algo diferente sucede entretanto con normas que contienen obligaciones destinadas a proteger intereses de personas determinadas. Tal es el caso de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006. Las mujeres que se encuentran bajo las hipótesis que, con base en la interpretación de la Constitución, fueron avaladas por la Corte tienen interés en que si se hallan en esos supuestos, no se les penalice cuando deciden interrumpir en forma voluntaria su embarazo. En esta eventualidad se trata de intereses suficientemente relevantes que justifican restringir la libertad de conciencia por cuanto, de lo contrario, se desconocerían de manera desproporcionada los derechos constitucionales fundamentales de estas mujeres: su derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad. Se vulnerarían sus derechos sexuales y reproductivos y se les causaría un daño irreversible.

En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia.

Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la

referida sentencia, entonces deberá practicarla – con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima –en tanto proporcional y razonable–, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.

Esta afirmación tiene fundamento, de una parte, i. al carácter relacional de los derechos que implica, de un lado, ejercer con libertad las libertades pero sin que ese ejercicio redunde en abuso o interfiera de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria en el ejercicio de las libertades de las demás personas. ii. Significa, de otro lado, que las personas se reconozcan como parte integrante de un conglomerado social frente al cual surge el deber de propugnar por actuaciones respetuosas del bienestar general, solidarias, justas y equitativas. Actuaciones todas estas, sin las cuales el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto sería muy difícil e incluso poco probable. Y, finalmente, iii. resalta el papel especial que dentro de la sociedad cumplen los profesionales de la salud, especialmente cuando su labor implica la prestación de un servicio público, pues a la vez que se coloca en una posición especial respecto de los usuarios del servicio, de la misma se derivan deberes imposibles de aplazar o eludir.

Para el tema en concreto y entre los numerosos problemas vinculados con la pregunta acerca de los límites al ejercicio del derecho a objetar el cumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia, uno de los más fundamentales y a la vez persistentes es la necesidad de fijar prioridades. Como se indicó, para tales efectos no parece factible sentar reglas o criterios muy generales y debe atenderse, más bien, a las circunstancias de cada asunto en particular. En el caso de las mujeres gestantes puestas bajo las

hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana.

En relación con lo antedicho cabe recordar en este lugar lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2008 cuando sostuvo que “la objeción de conciencia no [era] un derecho absoluto” e insistió en que “los profesionales de la salud [debían] atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 y [era] su obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que [pudiera] practicar dicho procedimiento.” A lo anterior agregó la Corporación en la precitada providencia T-209 de 2008: “ (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una *“convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”*, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) *la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.*” –resaltado ausente en texto original-

En acuerdo con lo anterior, resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el

embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

En efecto, no guarda relación alguna con la naturaleza de la objeción de conciencia que el personal encargado de la apertura de la historia clínica, del archivo de la institución, de la recepción de los pacientes, de la limpieza de las instalaciones, etc. se abstenga de llevar a cabo su labor, pues difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos; de la misma forma no existirá dicha posibilidad respecto del personal que desarrolla las labores médicas preparatorias como la práctica de los exámenes necesarios, la orientación respecto de las consecuencias del procedimiento, la asistencia psicológica previa a la intervención, etc.; finalmente, tampoco se encuentra sentido a que el personal médico que debe ayudar a la paciente en su etapa de recuperación luego de la intervención manifieste objeción de conciencia, pues la conexión entre los posibles motivos morales, religiosos o filosóficos y el incumplimiento de la labor que en ese preciso momento se realizan carece de fundamento alguno, siendo, por el contrario, muestra de una simple reprobación por la conducta ya realizada, situación que resulta por completo ajena a la objeción de conciencia, como hasta ahora ha sido explicada.

Finalmente, considera la Sala que deben existir límites formales, en el sentido de prever ciertos requisitos y procedimientos para ejercer en estos precisos casos el derecho de objetar en conciencia. En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando:

- i. Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia; y

- ii. El profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.

De esta forma se respeta el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generan elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo para las pacientes que así lo soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

Queda pues de relieve, que la objeción de conciencia es un derecho de las personas en el ámbito de su esfera privada encaminado a lograr que el reducto más íntimo – su pensamiento y su conciencia- puedan ser conformados con plena libertad sin ingerencias estatales o de particulares por entero inadmisibles en este terreno. Que cuando se ejerce dicho derecho, y en virtud de su carácter relacional, este tiene límites que no puede sobrepasar, so pena de realizar un ejercicio ilegítimo del derecho.

5.2. *La objeción de conciencia como derecho individual y no institucional o colectivo*

Resulta pertinente recalcar que las personas jurídicas no son titulares del derecho la objeción de conciencia y, por tanto, a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Así lo reconoció la sentencia C-355 de 2006, que estableció “Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia”. En efecto, el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto; por el contrario, son las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para

el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, mas éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales.

Se resalta que negar el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, además de responder plenamente a la naturaleza de éste, resulta un mecanismo efectivo para evitar limitaciones abusivas de la libertad de las personas que laboran en las instituciones prestadoras del servicio de salud, las cuales podrían verse coaccionadas por posiciones restrictivas impuestas por los cuadros directivos de dichas instituciones.

En este punto no resultaría válido diferenciar, para el tema en concreto, entre las personas jurídicas privadas y públicas. Las principales razones serán que se trata de la prestación del *servicio público* de salud, dentro del sistema público de salud establecido por el Estado, en donde se ve involucrada la protección de derechos fundamentales de los usuarios. En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio

el desconocimiento de derechos de terceras personas -. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Mientras que el segundo consagra:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Lo consignado en los artículos transcritos, pone de relieve el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez

se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.

Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados – como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres-.

Ha de repararse, de la misma manera, en que estas conquistas cristalizadas bajo la forma de derechos fundamentales, no siempre reciben aceptación pacífica por parte de todos los sectores de la sociedad y se ven expuestas, con frecuencia, a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista abarcador y excluyente incompatible, como ya se dijo, con la apertura al pluralismo y con la necesidad de proteger y promover la diversidad cultural, tal como lo disponen los artículos 1º y 7º de la Consti-

tución Nacional en armonía con otros preceptos contenidos en la misma Norma Fundamental²⁵.

Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del Estado de Derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y, por esa vía, asegurar que sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia.

Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del Estado o de particulares.

Lo hasta ahora expresado se complementa con una reflexión de un tema anexo que se vincula inescindiblemente al asunto en estu-

²⁵ Un caso paradigmático se presentó recientemente en España a raíz de la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Respecto de esta posibilidad se elevaron voces que abogaban por el derecho de los jueces y de las autoridades públicas (bien fueran las funcionarias o funcionarios judiciales encargados del registro civil o alcaldes o concejales) para excusarse en razones de conciencia para intervenir en la celebración de tales uniones. Varios sectores de la sociedad y particularmente el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española manifestaron su desaprobación frente a la ley de matrimonios entre homosexuales y reivindicaron el derecho a la objeción de conciencia de las autoridades públicas para abstenerse de intervenir en la celebración de estas uniones. Cfr. <http://www.fluvium.org/textos/cultura/cul271.htm>. También El Vaticano se pronunció al respecto para manifestar su disenso. El Gobierno español reaccionó pronto realizando el hecho de ser esta justamente una conquista comprometida “con una concepción de la dignidad de la persona y la libertad en una sociedad abierta y plural.” Cfr. <http://www.deia.com/es/impresa/2005/04/26/araba/d2/110577.php>.

dio como parte de los elementos que garantizan una adecuada protección del derecho por cuenta de las autoridades judiciales: el tiempo que los jueces emplean para decidir sobre las acciones de tutela.

Las acciones de tutela deben ser falladas en el tiempo previsto por el art. 86 de la Constitución y el art. 29 del decreto 2591 de 1991 con miras a que se concrete la protección del derecho fundamental y se evite la consumación del daño.

Es de especial importancia recordar que el juez, sobre todo en casos como el que ahora nos ocupa, debe emplear todos los elementos que el ordenamiento pone a su alcance para evitar que se consume el daño sobre el derecho fundamental; en este sentido, el término de diez días para proferir fallo es sólo un límite máximo –art. 86 de la Constitución- y que, por tanto, si las circunstancias lo ameritan el juez de tutela *debe* esforzarse en proferir un fallo en un tiempo que proteja efectivamente el derecho amenazado o vulnerado.

Cualquier omisión del juez en este sentido podría originar una situación irreversible para la madre que, en el evento concreto, generaría responsabilidad del Estado por inactividad de sus funcionarios, caso en el que debería estudiarse la viabilidad de una acción de repetición contra el funcionario que omitió proteger efectivamente el derecho.

5.4. Conclusiones

En conclusión, lo establecido respecto del ejercicio de la objeción de conciencia implica lo siguiente:

- i. La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta.
- ii El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 Superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.
- iii. Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu*, ésta es una

- posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.
- iv. La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo.
 - v. En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio *prima facie* admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo.
 - vi. En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas.
 - vii. Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisibile, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1º y 7º Superiores). [...]

Recopilación de las buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional para los servicios de inteligencia y su supervisión

Consejo de Derechos Humanos
Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
17 de mayo de 2010, A/HRC/14/46

[...] RECOPIACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS RELACIONADAS
CON LOS MARCOS Y LAS MEDIDAS DE CARÁCTER JURÍDICO E
INSTITUCIONAL PARA LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y SU SUPERVISIÓN

A. Mandato y base jurídica

Práctica 1. Los servicios de inteligencia desempeñan un papel importante en la protección de la seguridad nacional y la defensa del estado de derecho. Su principal objetivo consiste en recopilar, analizar y difundir información que ayude a los responsables de las políticas y a otras entidades públicas a tomar disposiciones de protección de la seguridad nacional; en este último concepto está incluida la protección de la población y de sus derechos humanos.

9. Los servicios de inteligencia no desempeñan las mismas funciones en todos los países. Con todo, la recopilación, análisis y difusión de información pertinente para la protección de la seguridad nacional es una tarea fundamental de la mayor parte de estos servicios², y muchos Estados limitan la función de sus servicios de inteligencia a esta tarea. Esto supone una buena práctica, porque impide que los servicios de inteligencia se dediquen a actividades relacionadas con la seguridad que ya son de la incumbencia de otros organismos públicos y que, si corrieran por cuenta de los mencionados servicios, podrían poner en peligro los derechos humanos. Además de definir los tipos de actividades que sus servicios de inteligencia pueden llevar a cabo, muchos Estados limitan la justificación de esas actividades a la protección de la seguridad nacional. Aunque no todos los Estados tienen una misma idea de la seguridad nacional, es de buena práctica que la seguridad nacional y sus valores constitutivos se definan con claridad en las leyes que aprueba el parlamento³. Esto es importante para garantizar que los servicios de inteligencia limiten sus actividades a la salvaguardia de los valores enunciados en la definición pública de la seguridad nacional. En muchos casos, la salvaguardia de la seguridad nacional incluye necesariamente la protección de la población y sus derechos humanos⁴; es más, algunos Estados incluyen explícitamente la protección de los derechos humanos entre las funciones principales de sus servicios de inteligencia⁵.

² Germany, Federal Act on Protection of the Constitution, sect. 5 (1); Croatia, Act on the Security Intelligence System, art. 23 (2); Argentina, National Intelligence Law, art. 2 (1); Brazil, Act 9,883, arts. 1 (2) and 2 (1); Romania, Law on the Organisation and Operation of the Romanian Intelligence Service, art. 2; South Africa, National Strategic Intelligence Act, sect. 2 (1).

³ Australia, Security Intelligence Organisation Act, sect. 4.

⁴ General Assembly resolutions 54/164 and 60/288; Council of the European Union, European Union Counter-Terrorism Strategy, doc. no 14469/4/05; para. 1; Inter-American Convention Against Terrorism, AG/RES. 1840 (XXX-II-O/02), preamble; Council of Europe, Committee of Ministers, Guidelines on human rights in the fight against terrorism, art. I.

⁵ Croatia (footnote 2), art. 1.1; Switzerland, Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, art. 1; Brazil (footnote 2), art. 1 (1).

Práctica 2. Los mandatos de los servicios de inteligencia deben estar definidos con rigor y precisión en una ley a la que el público tenga acceso. Los mandatos deben limitarse estrictamente a proteger los intereses legítimos de la seguridad nacional, definidos en leyes o políticas de seguridad nacional a las que el público tenga acceso y a identificar las amenazas a la seguridad nacional que los servicios de inteligencia tienen que combatir. Si el terrorismo figura entre estas amenazas, deberá definirse con rigor y precisión.

10. El mandato de los servicios de inteligencia es uno de los instrumentos principales para garantizar que las actividades de esos servicios (incluidas las de la lucha contra el terrorismo) sirven a los intereses del país y de su población y no representan una amenaza para el orden constitucional ni para los derechos humanos. En la mayoría de los Estados, el mandato de los servicios de inteligencia está claramente definido en una ley promulgada por el Parlamento, a la que el público tiene acceso⁶. Es de buena práctica que el mandato estén formulados con rigor y precisión, y enumeren todas las amenazas contra la seguridad nacional que los servicios de inteligencia tienen la responsabilidad de combatir⁷. Un mandato claro y preciso facilita los procesos de responsabilización y permite que los servicios de inteligencia rindan cuenta del desempeño de sus funciones específicas a los organismos encargados de la supervisión o el examen. Por último, una definición clara de las amenazas es especialmente oportuna en el contexto de la lucha contra el terro-

⁶ Norway, Act relating to the Norwegian Intelligence Service, sect. 8; Bosnia and Herzegovina, Law on the Intelligence and Security Agency, arts. 5-6; Brazil (footnote 2), art. 4; Canada, Security Intelligence Service Act, sects. 12-16; Australia (footnote 3), sect. 17. This practice was also recommended in Morocco, Instance équité et réconciliation, rapport final, Vol. I, Vérité, équité et réconciliation, 2005, chapitre IV, 8-3 (hereafter Morocco – ER Report); European Commission for Democracy Through Law, Internal Security Services in Europe, CDL-INF(1998)006, I, B (b) and (c) (hereafter Venice Commission (1998)).

⁷ Canada (footnote 6), sect. 2; Malaysia, report of the Royal Commission to enhance the operation and management of the Royal Malaysia Police of 2005, (hereafter Malaysia – Royal Police Commission), 2.11.3 (p. 316); Croatia (footnote 2), art. 23(1); Australia (footnote 3), sect. 4; Germany (footnote 2), sects. 3(1) and 4; United States of America, Executive Order 12333, art. 1.4 (b).

rismo; muchos Estados han adoptado leyes que contienen definiciones precisas del terrorismo, así como de los grupos y actividades terroristas⁸.

Práctica 3. Las facultades y competencias de los servicios de inteligencia han de estar definidas de modo claro y exhaustivo en la legislación nacional. Estos servicios están obligados a ejercer sus facultades con la finalidad exclusiva para la que les fueron conferidas. En particular, todas las facultades conferidas a los servicios de inteligencia para los fines de la lucha contra el terrorismo deben ejercerse exclusivamente con esos fines.

11. Un principio fundamental del estado de derecho es que todas las facultades y competencias de los servicios de inteligencia han de estar definidas en la legislación⁹. Una enumeración exhaustiva de las facultades y competencias de los servicios de inteligencia favorece la transparencia y permite que la población prevea cuáles de esas facultades podrían utilizarse en su contra. Esto es especialmente importante, porque muchas de las facultades conferidas a los servicios de inteligencia encierran el potencial necesario para vulnerar los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁰. Esta práctica está estrechamente relacionada con la práctica 2, porque el mandato de los servicios de inteligencia sirve para definir el marco en el cual esos servicios podrán ejercer las facultades que les ha conferido el poder legislativo¹¹. Las leyes de muchos Estados prohíben implícitamente la desviación de poder al autorizar a los servicios de inteligencia a ejercer sus facultades con fines muy específicos. Éste es el caso de las actividades de la lucha contra el terrorismo, porque muchos servicios de inteligencia han recibido mayores facultades con esos fines.

⁸ Romania, Law on Preventing and Countering Terrorism, art. 4; Norway, Criminal Code, sect. 147a; New Zealand, Intelligence and Security Service Act, sect. 2.

⁹ Croatia (footnote 2), Arts. 25–37; Lithuania, Law on State Security Department, art. 3; Germany (footnote 2), sect. 8. See also: South African Ministerial Review Commission, p. 157; Canada, MacDonald Commission, p. 410; Morocco – IER report, 8-3; Malaysia, Royal Police Commission, 2.11.3 (p. 316).

¹⁰ Council of Europe (footnote 4), art. V (i); *European Court of Human Rights, Malone v. The United Kingdom*, para. 67.

¹¹ Canada, MacDonald Commission, pp. 432, 1067.

Práctica 4. Todos los servicios de inteligencia están constituidos en virtud de leyes a las que el público tiene acceso y que respetan las disposiciones de la Constitución y la normativa internacional de derechos humanos, y funcionan con arreglo a esas leyes. Los servicios de inteligencia sólo pueden emprender actividades, o recibir instrucciones de emprenderlas, que estén contempladas en la legislación nacional y sean conformes con ella. La aplicación de reglamentos subsidiarios está estrictamente limitada y sujeta a las disposiciones de leyes a las que sí tiene acceso el público. Los reglamentos que no se pongan en conocimiento del público no sirven de base para ninguna actividad que coarte los derechos humanos.

Práctica 5. Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente emprender cualquier actividad contraria a la Constitución o a la normativa internacional de los derechos humanos. Esta prohibición rige no sólo para el comportamiento de los servicios de inteligencia en el territorio nacional, sino también para sus actividades en el extranjero.

12. Los servicios de inteligencia son órganos del Estado y, en consecuencia, deben cumplir, al igual que otros organismos ejecutivos, las disposiciones pertinentes del derecho nacional e internacional, y en particular la normativa de los derechos humanos¹². Esto significa que estos servicios están basados en leyes a las que el público tiene acceso y que son conformes con la Constitución y con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, entre otras, y que su funcionamiento es acorde con esas leyes. Los Estados no pueden invocar el derecho interno para justificar violaciones de la normativa internacional de los derechos humanos ni, evidentemente, de cualquier otra obligación jurídica internacional¹³. El estado de derecho exige que las actividades de los servicios de inteligencia, y cualquier instrucción que les imparta el poder ejecutivo, cumplan esos conjuntos normativos¹⁴. En con-

¹² General Assembly resolution 56/83, annex, art. 4 (1); Dieter Fleck, "Individual and State responsibility for intelligence gathering", *Michigan Journal of International Law* 28, (2007), pp. 692-698.

¹³ General Assembly resolution 56/83, annex, art. 3.

¹⁴ Brazil (footnote 2), art. 1(1); Sierra Leone, National Security and Central Intelligence Act, art. 13(c); United States Senate, Intelligence activities and the

secuencia, los servicios de inteligencia tienen prohibido emprender cualquier acción que vulnere las leyes nacionales, la Constitución o las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, y también está prohibido darles instrucciones en este sentido. En muchos Estados estas prescripciones son implícitas. Sin embargo, es evidentemente de buena práctica que la legislación nacional haga referencia explícita a estas obligaciones jurídicas más amplias y, en particular, a la obligación de respetar los derechos humanos¹⁵. A veces los reglamentos subsidiarios relativos a procesos internos y a actividades de los servicios de inteligencia no se dan a conocer al público, para proteger los métodos de trabajo de esos servicios. Estos reglamentos no han de servir de base para actividades que vulnere los derechos humanos. Es de buena práctica que toda reglamentación subsidiaria se base en leyes vigentes a las que el público tenga acceso, y cumpla dichas leyes¹⁶.

B. Instituciones de supervisión

Práctica 6. Los servicios de inteligencia están supervisados por un conjunto de instituciones de supervisión internas, ejecutivas, parlamentarias, judiciales y especializadas, cuyos mandatos y facultades se basan en leyes a las que el público tiene acceso. Un sistema efectivo de supervisión de los servicios de inteligencia incluye

rights of Americans, Book II, final report of the select committee to study governmental operations with respect to intelligence (hereafter: Church Committee), p. 297; Canada, MacDonal Commission, pp. 45, 408; Economic Community of West African States Draft Code of Conduct for the Armed Forces and Security Services in West Africa (hereafter ECOWAS Code of Conduct), art. 4; Committee of Intelligence and Security Services of Africa, memorandum of understanding on the establishment of the Committee of Intelligence and Security Services of Africa (hereafter CISSA MoU), art. 6.

¹⁵ Argentina (footnote 2), art. 3; Bulgaria, Law on State Agency for National Security, art. 3 (1) 1-2; Bosnia and Herzegovina (footnote 6), art. 1; Brazil (footnote 2), art. 1(1); Croatia (footnote 2), art. 2(2); Ecuador, State and Public Safety Act, art. 3; Lithuania (footnote 9), art. 5; Romania, Law on the National Security of Romania, arts. 5, 16; Mexico (reply).

¹⁶ Argentina (footnote 2), art. 24; Venice Commission (1998), I, B (b) and (c); Malaysia, Royal Police Commission 2.11.3 (p. 316); Kenya, National Security Intelligence Act, art. 31; South Africa, Truth and Reconciliation Commission of South Africa, report, vol. 5, chap. 8, p. 328.

por lo menos una institución civil independiente de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo. El mandato combinado de las instituciones de supervisión abarca todos los aspectos de la labor de los servicios de inteligencia, con inclusión de su observancia de la ley, la eficacia y eficiencia de sus actividades, su situación financiera y sus prácticas administrativas.

13. Al igual que los servicios de inteligencia, las instituciones que supervisan las actividades de éstos están basadas en la ley, y en algunos casos en la Constitución¹⁷. No hay un modelo único para la supervisión de los servicios de inteligencia; no obstante, los elementos que se indican a continuación suelen formar parte de los sistemas más amplios de supervisión¹⁸: mecanismos de gestión y control internos en los servicios de inteligencia¹⁹; supervisión del poder ejecutivo²⁰; supervisión de los organismos parlamentarios²¹,

¹⁷ Germany, Basic Law for the Federal Republic of Germany, art. 45d; South Africa, Constitution, arts. 209–210.

¹⁸ See S/2008/39, para. 6. While not included in the present compilation, it should be underlined that civil society organizations also play an important role in the public oversight of intelligence services; see reply of Madagascar.

¹⁹ For an elaboration on internal management and control mechanisms, see South African Ministerial Review Committee, p. 204; European Commission for Democracy through Law, report on the democratic oversight of the security services, CDL-AD(2007), point 131 (hereafter Venice Commission (2007)); OECD DAC handbook on security system reform: supporting security and justice; United Kingdom, Intelligence Security Committee, annual report 2001–2002, p. 46. See also The former Yugoslav Republic of Macedonia (reply).

²⁰ On executive control of intelligence services, see Croatia (footnote 2), art. 15; United Kingdom, Security Services Act, sects. 2(1), 4(1); Argentina (footnote 2), art. 14; Netherlands, Intelligence and Security Services Act, art. 20(2); Sierra Leone (footnote 14), art. 24; Bulgaria (footnote 15), art. 131; Azerbaijan, Law on Intelligence and Counter-Intelligence Activities, art. 22.2.

²¹ For legislation on parliamentary oversight of intelligence services, see Albania, Law on National Intelligence Service, art. 7; Brazil (footnote 2), art. 6; Romania (footnote 2), art. 1; Ecuador (footnote 14), art. 24; Botswana, Intelligence and Security Act, sect. 38; Croatia (footnote 2), art. 104; Switzerland (footnote 5), art. 25, Loi sur l'Assemblée fédérale, art. 53(2); Germany (footnote 17), art. 45d; Bulgaria (footnote 15), art. 132; The former Yugoslav Republic of Macedonia (reply). See also Morocco, IER Report, p. 11. In Latvia, the National Security Committee of the parliament (*Saeima*) is responsible for parliamentary oversight of the intelligence service (reply); Georgia, Law on Intelligence Activity, art. 16.

y órganos de supervisión especializados y/o judiciales²². Es de buena práctica que este sistema de supervisión a múltiples niveles incluya al menos una institución que sea plenamente independiente de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo. Este principio garantiza la separación de los poderes en la supervisión de los servicios de inteligencia: las instituciones que encargan y realizan las actividades de inteligencia, y reciben sus resultados, no son las únicas que supervisan estas actividades. Todas las dimensiones de la labor de los servicios de inteligencia están sujetas a la supervisión de una institución externa, o un conjunto de instituciones externas. Una de las funciones primordiales de un sistema de supervisión consiste en verificar que los servicios de inteligencia cumplan las leyes vigentes, así como las normas de derechos humanos. Las instituciones de supervisión piden cuentas a los servicios de inteligencia y a sus empleados por cualquier violación de la ley²³; además, esas instituciones evalúan el rendimiento de los servicios de inteligencia²⁴. En el contexto de esta última actividad, las instituciones de supervisión verifican si los servicios de inteligencia utilizan de manera eficiente y eficaz los fondos públicos que se les asignan²⁵. Un sistema eficaz de supervisión es especialmente importante para los servicios de inteligencia, porque gran parte de la labor de esos servicios es secreta y, por consiguiente, no se presta fácilmente a la verificación pública. Las instituciones de supervisión de los servicios

²² For specialized intelligence oversight bodies, see Norway, Act on Monitoring of Intelligence, Surveillance and Security Services, art. 1; Canada (footnote 6), sects. 34–40; Netherlands (footnote 20), chapter 6; Belgium, Law on the Control of Police and Intelligence Services and the Centre for Threat Analysis, chapter 3.

²³ For mandates to oversee intelligence services' compliance with the law, see Lithuania, Law on Operational Activities, art. 23(2)1–2; Croatia (footnote 2), art. 112; Norway (footnote 22), sect. 2. In South Africa, the Inspector-General for intelligence examines intelligence services' compliance with the law and Constitution; see South Africa, Intelligence Services Oversight Act, sect. 7 (7) a-b.

²⁴ South African Ministerial Review Commission report, p. 56; Hans Born and Ian Leigh, *Making Intelligence Accountable*, Oslo, Publishing House of the Parliament of Norway, 2005, pp. 16–20.

²⁵ Romania (footnote 2), art. 42.

de inteligencia mejoran la confianza del público en la labor de estos servicios, al garantizar que respeten el estado de derecho y los derechos humanos en el desempeño de sus funciones reglamentarias²⁶:

Práctica 7. Las instituciones de supervisión disponen de las facultades, recursos y conocimientos técnicos suficientes para iniciar y llevar a cabo sus propias investigaciones, así como un acceso completo y sin trabas a la información, los funcionarios y las instalaciones necesarias para cumplir sus mandatos, y gozan de la plena cooperación de los servicios de inteligencia y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en el interrogatorio de los testigos, así como para obtener documentación y otros elementos probatorios.

14. Las instituciones de supervisión gozan de facultades específicas para el desempeño de sus funciones. En particular, están facultadas a iniciar sus propias investigaciones sobre los aspectos de la labor de los servicios de inteligencia que están incluidos en sus mandatos, y tienen acceso a toda la información necesaria para ello. Entre estas facultades de acceso a la información figura la autoridad legal para consultar todos los archivos y documentos pertinentes²⁷, inspeccionar los locales de los servicios de inteligencia²⁸ y convocar a cualquier miembro de estos servicios para que testifique bajo juramento²⁹. Gracias a estas facultades, los supervisores pueden examinar eficazmente las actividades de los servicios de inteligencia e investigar en detalle los posibles incumplimientos de la ley. Varios Estados han tomado las disposiciones necesarias para reforzar las competencias investigadoras de las instituciones de supervisión, tipificando como delito la no colaboración con las

²⁶ Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, a new review mechanism for the RCMP's national security activities (hereafter the Arar Commission), p. 469.

²⁷ Sweden, Act on Supervision of Certain Crime-Fighting Activities, art. 4; Netherlands (footnote 20), art. 73; Canada (footnote 6), sect. 38 (c).

²⁸ South Africa (footnote 23), sect. 8 (a) goes beyond the intelligence community to allowing the Inspector-General access any premises, if necessary. According to sect. 8 (8)c, the Inspector-General can obtain warrants under the Criminal Procedure Act.

²⁹ Croatia (footnote 2), art. 105; Lithuania (footnote 23), art. 23.

mismas³⁰. Esto significa que las instituciones de supervisión recurren a las autoridades judiciales para obtener la cooperación de las personas pertinentes³¹. Si bien la posesión de facultades bien definidas en el plano jurídico es esencial para llevar a cabo una supervisión eficaz, conviene que esas facultades estén complementadas con los recursos humanos y financieros necesarios para ejercerlas, a fin de que las instituciones puedan cumplir su mandato. En consecuencia, muchas instituciones de supervisión cuentan con su propio presupuesto independiente que les facilita directamente el parlamento³², y disponen de la capacidad de emplear a personal especializado³³ y contratar a expertos externos³⁴.

Práctica 8. Las instituciones de supervisión toman todas las medidas necesarias para proteger la información confidencial y los datos personales a los que tengan acceso en el ejercicio de sus funciones. Se prevén sanciones para los miembros de las instituciones de supervisión que incumplan estos requisitos.

15. En el ejercicio de sus funciones, las instituciones de supervisión de los servicios de inteligencia tienen acceso a información confidencial y de carácter delicado. Por consiguiente, se han arbitrado diversos mecanismos para garantizar que estas instituciones, y sus miembros, no revelen esta información, deliberadamente o por inadvertencia. En primer lugar, en casi todos los casos, los miembros y el personal de las instituciones de supervisión tienen prohibido hacer revelaciones no autorizadas de información; el incumplimiento de estas disposiciones suele sancionarse con penas civiles y/o penales³⁵. En segundo lugar, muchas instituciones de

³⁰ South Africa (footnote 23), sect. 7a.

³¹ Belgium (footnote 22), art. 48; The Netherlands (footnote 20), art. 74.6.

³² Belgium (footnote 22), art. 66 bis.

³³ Canada (footnote 6), sect. 36.

³⁴ Concerning the assistance of external experts, see Netherlands (footnote 20), art. 76; Lithuania (footnote 23), art. 23 (2); Luxembourg, Law concerning the organization of the State intelligence service, art. 14 (4). On having the disposition of independent legal staff and advice: United Kingdom, Joint Committee on Human Rights, 25 March 2010, paras. 110-111.

³⁵ Lithuania (footnote 23), art. 23.4. In South Africa, the law prescribes criminal sanctions for any unauthorized disclosure by members of the parliamentary

supervisión aplican a sus miembros y al personal procedimientos de control de la seguridad antes de darles acceso a información confidencial³⁶. Otro procedimiento opcional, practicado comúnmente en las instituciones parlamentarias de supervisión, es que los miembros firmen un acuerdo comprometiéndose a no revelar la información³⁷. Por último, el manejo adecuado de la información confidencial por las instituciones de supervisión también depende de la profesionalidad de los miembros de esas instituciones.

C. Denuncias y reparación efectiva

Práctica 9. Toda persona que crea que sus derechos han sido vulnerados por un servicio de inteligencia puede presentar una denuncia ante un tribunal o una institución de supervisión como el defensor del pueblo, el comisionado de derechos humanos o una institución nacional de derechos humanos. Las personas afectadas por acciones ilegales de un servicio de inteligencia pueden elevar un recurso a una institución en condiciones de proporcionarle una reparación efectiva, como la plena compensación por los daños sufridos.

16. Es un hecho ampliamente reconocido que toda medida que coarte los derechos humanos debe ir acompañada de las adecuadas salvaguardias; entre éstas se cuentan las instituciones independientes por conducto de las cuales las personas pueden buscar reparación cuando se hayan vulnerado sus derechos³⁸. Los servicios de inteligencia poseen una variedad de facultades —de vigilancia,

oversight body; see South Africa (footnote 23), sect. 7a (a); United States of America Code, General congressional oversight provisions, sect. 413 (d); Norway (footnote 22), art. 9.

³⁶ For example, the staff of the German Parliamentary Control Panel undergo strict security checks; see Germany, Parliamentary Control Panel Act, sects. 11 (1) and 12 (1).

³⁷ As elected representatives of the people, the members of the Parliamentary Control Panel are not obliged to undergo a vetting and clearing procedure, see Germany (footnote 36), sect. 2; United States of America (footnote 35), sect. 413 (d).

³⁸ American Convention on Human Rights, art. 25; Arab Charter on Human Rights, art. 23; Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, annex (E/CN.4/1984/4), art. 8; European Convention for the Protection of Human

arresto y detención, entre otras— que, si se ejercen indebidamente, pueden violar derechos humanos. En consecuencia, existen instituciones encargadas de tramitar las denuncias de personas que creen que sus derechos han sido violados por los servicios de inteligencia y, cuando sea menester, proporcionar a las víctimas de estos actos una reparación efectiva. A este respecto pueden distinguirse dos amplios planteamientos³⁹. El primero es el de los Estados que han establecido una serie de instituciones no judiciales encargadas de tramitar las denuncias contra los servicios de inteligencia, a saber: el Defensor del Pueblo⁴⁰; comisiones nacionales de derechos humanos⁴¹; auditoría nacional⁴²; organismos parlamentarios de supervisión⁴³; inspección general⁴⁴; organismos especializados de supervisión de los servicios de inteligencia⁴⁵, y comisiones de reclamaciones a los servicios de inteligencia⁴⁶. Estas instituciones están facultadas a recibir e investigar denuncias; sin embargo, dado que por lo general no pueden dictar órdenes de obligado cumplimiento ni proporcionar reparaciones, las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen que recurrir a los tribunales para obtener estas reparaciones. El segundo consiste en que las instituciones judiciales pueden recibir denuncias contra los servicios de inteligencia. Estas instituciones, que pueden ser organismos judiciales creados

Rights and Fundamental Freedoms, art. 13; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 2.

³⁹ Hans Born and Ian Leigh, *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practice for Oversight of Intelligence Agencies*, Oslo, Publishing House of the Parliament of Norway, 2005, p. 105.

⁴⁰ Netherlands (footnote 20), art. 83; in Finland: with regard to data stored by the intelligence service, the Data Protection Ombudsman (reply); Greece: Ombudsman (reply); Estonia: Legal Chancellor (reply).

⁴¹ Jordan, Law on the National Centre for Human Rights.

⁴² For control of the budget of the intelligence service: Costa Rica, Organic Act of the Republic's General Audit.

⁴³ Romania (footnote 15), art. 16.

⁴⁴ South Africa (footnote 23), sect. 7 (7).

⁴⁵ Norway (footnote 22), art. 3; Canada (footnote 6), sects. 41, 42, 46 and 50.

⁴⁶ Kenya (footnote 16), arts. 24-26.

con este fin específico⁴⁷ o formar parte del sistema judicial general, de ordinario están facultadas a ordenar medidas de reparación.

Práctica 10. Las instituciones encargadas de tramitar las denuncias o las solicitudes de una reparación efectiva como consecuencia de actividades de los servicios de inteligencia son independientes de estos servicios y del poder ejecutivo. Estas instituciones tienen un acceso pleno y sin trabas a toda la información pertinente y disponen de los recursos y servicios técnicos necesarios para realizar las investigaciones, y de la capacidad de dictar órdenes de obligado cumplimiento.

17. Para que pueda proporcionar una reparación efectiva a las violaciones de los derechos humanos, una institución ha de ser independiente de las instituciones participantes en las actividades denunciadas, ser capaz de garantizar la equidad procesal, disponer de capacidades y técnicas de investigación suficientes, y estar facultada a dictar decisiones de obligado cumplimiento⁴⁸. Por este motivo, los Estados han dotado a esas instituciones de las facultades jurídicas necesarias para investigar las denuncias y proporcionar reparación a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por los servicios de inteligencia. Entre estas facultades figuran el acceso pleno y sin trabas a toda la información pertinente, la capacidad de convocar a testigos en el curso de la investigación y de recibir testimonio bajo juramento⁴⁹, la facultad de determinar sus propios procedimientos en relación con cualquier actuación y la capacidad de dictar órdenes de obligado cumplimiento⁵⁰.

⁴⁷ United Kingdom, Regulation of Investigatory Powers Act, arts. 65-70; Sierra Leone (footnote 14), arts. 24-25.

⁴⁸ Iain Cameron, National security and the European Convention on Human Rights: Trends and patterns, presented at the Stockholm international symposium on national security and the European Convention on Human Rights, p. 50.

⁴⁹ Kenya (footnote 16), art. 26; Sierra Leone (footnote 14), art. 27.

⁵⁰ United Kingdom (footnote 47), art. 68.

D. Imparcialidad y no discriminación

Práctica 11. En el desempeño de sus actividades, los servicios de inteligencia contribuyen a la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado. Los servicios de inteligencia no discriminan a personas o grupos por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social o cualquier otra condición social.

18. Los servicios de inteligencia forman parte integrante del aparato estatal que contribuye a salvaguardar los derechos humanos de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado. Estos servicios están obligados por el bien conocido principio de no discriminación, de la normativa internacional de los derechos humanos. Este principio exige que los Estados respeten los derechos y libertades de las personas sin discriminación alguna por cualquier motivo prohibido⁵¹. Muchos Estados han enunciado este principio en sus leyes nacionales, y exigen a sus servicios de inteligencia que cumplan sus mandatos de modo que sirvan a los intereses del Estado y de la sociedad en general. Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente actuar o ser utilizados de un modo que promueva los intereses de cualquier grupo étnico, religioso, político o de otra índole⁵². Además, los Estados deben asegurar que las actividades de sus servicios de inteligencia (en particular en el contexto de la lucha contra el terrorismo) se basan en el comportamiento de los individuos, y no en su etnia, religión u otro criterio análogo⁵³. Algunos Estados han prohibido explícitamente a sus servicios de inteligencia la constitución de archivos individuales, sobre esta base⁵⁴.

⁵¹ International Covenant on Civil and Political Rights, art. 26; American Convention on Human Rights, art. 1; Arab Charter on Human Rights, art. 3.1. For case law by the Human Rights Committee see, in particular, *Ibrahima Gueye et al. v. France* (communication No. 196/1985) and *Nicholas Toonen v. Australia* (communication 488/1992).

⁵² Ottawa Principles on Anti-Terrorism and Human Rights, art. 1.1.3.

⁵³ Australia (footnote 3), sect. 17A; Ecuador (footnote 14), art. 22; Canada, Macdonald Commission, p. 518.

⁵⁴ Argentina (footnote 2), art. 4.

Práctica 12. Las leyes nacionales prohíben a los servicios de inteligencia dedicarse a cualquier actividad política o tomar medidas destinadas a promover o proteger los intereses de cualquier grupo político, religioso, lingüístico, étnico, social o económico.

19. Los servicios de inteligencia están dotados de facultades que podrían beneficiar, o bien dañar, los intereses de ciertos grupos políticos. A fin de garantizar la neutralidad política de los servicios de inteligencia, las leyes nacionales prohíben a esos servicios actuar en interés de cualquier grupo político⁵⁵. Esta obligación es válida no sólo para los servicios de inteligencia sino también para los poderes ejecutivos a los que sirven. Varios Estados han adoptado disposiciones para prohibir o limitar la participación de los servicios de inteligencia en la política de partidos, como por ejemplo la prohibición de que los empleados de los servicios de inteligencia sean miembros de partidos políticos, acepten instrucciones o dinero de un partido político⁵⁶, o actúen en favor de los intereses de un partido político en particular⁵⁷. Además, varios Estados han tomado disposiciones para salvaguardar la neutralidad de los directores de los servicios de inteligencia, previendo entre otras cosas que el nombramiento del director de un servicio de inteligencia pueda ser verificado por instancias ajenas al poder ejecutivo⁵⁸; y que haya disposiciones jurídicas que regulen la duración del mandato y especifiquen los motivos para la destitución del titular, así como salvaguardias contra la aplicación de presiones indebidas a los directores de los servicios de inteligencia⁵⁹.

⁵⁵ Australia (footnote 3), sect. 11, (2A); Sierra Leone (footnote 14), art. 13 (d); Romania (footnote 2), art. 36.

⁵⁶ Bosnia and Herzegovina (footnote 6), art. 45; Albania (footnote 21), art. 11; Kenya (footnote 16), art. 15 (1)a; Lithuania (footnote 9), art. 24.

⁵⁷ Botswana (footnote 21), sect. 5(2); Sierra Leone (footnote 14), sect. 13 (d); United Kingdom (footnote 20), sect. 2 (2); South Africa (footnote 17), sect. 199(7).

⁵⁸ For the involvement of parliament, see Belgium (footnote 22), art. 17; and Australia (footnote 3), sect. 17(3).

⁵⁹ Poland, Internal Security Agency and Foreign Intelligence Act, art. 16; Croatia (footnote 2), art. 15(2).

Práctica 13. Los servicios de inteligencia tienen prohibido ejercer sus facultades en relación con una actividad política legítima u otra manifestación legal de los derechos a la libertad de asociación, reunión pacífica y expresión.

20. Las actividades de recopilación de información de los servicios de inteligencia pueden interferir en la acción política legítima y en otras manifestaciones de las libertades de expresión, asociación y reunión⁶⁰. Estos derechos son fundamentales para el funcionamiento de una sociedad libre, en el que participan los partidos políticos, los medios de comunicación y la sociedad civil. Por consiguiente, los Estados han adoptado disposiciones para reducir la medida en que los servicios de inteligencia pueden elegir como blanco de sus operaciones (o la medida en que se les puede pedir que lo hagan) a personas o grupos dedicados a estas actividades. Estas disposiciones comprenden la prohibición absoluta de centrar sus operaciones en actividades legítimas, y limitaciones estrictas al uso de medidas de recopilación de información (véase la práctica 21) y a la retención y el uso de los datos personales recopilados por los servicios de inteligencia (véase la práctica 23)⁶¹. En vista del papel fundamental que desempeñan los medios de comunicación en cualquier sociedad, algunos Estados han arbitrado medidas concretas para proteger a los periodistas de la acción de los servicios de inteligencia⁶².

E. Responsabilidad del Estado respecto de la acción de los servicios de inteligencia

Práctica 14. Los Estados son internacionalmente responsables de las actividades de sus servicios y agentes de inteligencia y cual-

⁶⁰ Canada, MacDonald Commission, p. 514; South African Ministerial Review Commission, pp. 168–169, 174–175; Venice Commission (1998), p. 25.

⁶¹ Canada (footnote 6), sect. 2; Switzerland (footnote 5), art. 3 (1); Japan, Act Regarding the Control of Organizations having Committed Indiscriminate Mass Murder, art. 3(1) and (2); United Republic of Tanzania, Intelligence and Security Act, art. 5 (2)b.

⁶² Netherlands, Security and Intelligence Review Commission, Supervisory Report no. 10 on the investigation by the General Intelligence and Security Service (GISS) into the leaking of State secrets, 2006, point 11.5.

quier contratista privado que contraten, independientemente del lugar en que tengan lugar estas actividades o de quien sea la víctima de un hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, el poder ejecutivo se hace responsable de la acción de los servicios de inteligencia, y ejerce el control general de estos servicios.

21. Con arreglo al derecho internacional, los Estados son responsables de las actividades de sus servicios y agentes de inteligencia en cualquier lugar del mundo en que realicen sus operaciones. Esta responsabilidad comprende la acción de los contratistas privados que los Estados contraten para llevar a cabo actividades de inteligencia⁶³. Los Estados están legalmente obligados a garantizar que sus servicios de inteligencia no violen los derechos humanos, y a proporcionar reparaciones a las víctimas de estas violaciones⁶⁴. En consecuencia, los Estados toman disposiciones para regular y gestionar sus servicios de inteligencia de un modo que promueva el respeto por el estado de derecho y, en particular, el cumplimiento de la normativa internacional de los derechos humanos⁶⁵. El control de los servicios de inteligencia por parte del poder ejecutivo es esencial con este fin y, muchas leyes nacionales lo enuncian en consecuencia⁶⁶.

F. Responsabilidad individual y rendición de cuentas

Práctica 15. Las disposiciones de la Constitución, los reglamentos y el derecho penal internacional rigen para los miembros de

⁶³ Montreux document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, pp. 12, 35.

⁶⁴ Croatia (footnote 2), art. 87(1); Human Rights Committee, general comment no. 31 on the nature of the general legal obligations imposed on States parties to the Covenant (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), para. 4; Michael Defeo, "What international law controls exist or should exist on intelligence operations and their intersects with criminal justice systems?", *Revue internationale de droit penal* 78, no.1 (2007), pp. 57–77; European Commission for Democracy through Law, opinion 363/2005 on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners, p. 15.

⁶⁵ E/CN.4/2005/102/Add.1, art. 36.

⁶⁶ See also practice 6.

los servicios de inteligencia como para cualquier otro funcionario público. Toda excepción que permita a los funcionarios de los servicios de inteligencia tomar medidas que en condiciones normales violarían la legislación nacional está estrictamente limitada y claramente definida por la ley. Estas excepciones no permiten en ningún caso vulnerar las normas imperativas del derecho internacional o las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

22. Aunque las responsabilidades institucionales de los servicios de inteligencia revisten gran importancia, los miembros de estos servicios también son responsables a título individual y deben responder de sus acciones⁶⁷. Por regla general, la Constitución, los reglamentos y el derecho penal internacional rigen para los miembros de los servicios de inteligencia como para cualquier otra persona⁶⁸. Muchos Estados han decretado la responsabilidad civil de todo miembro de un servicio de inteligencia que viole a sabiendas la Constitución o la ley civil u ordene o solicite la adopción de una medida que las viole, o han tipificado como delito esta violación⁶⁹. De esta manera se promueve el respeto por el estado de derecho en los servicios de inteligencia, y se combate la impunidad. Muchos Estados autorizan a los miembros de sus servicios de inteligencia a realizar actividades que, si las llevasen a cabo los ciudadanos comunes, serían constitutivas de delito⁷⁰. Es de buena práctica que estas autorizaciones se limiten estrictamente, sean prescritas por la ley y estén sujetas a las salvaguardias pertinentes⁷¹. Las disposiciones legales que autorizan a los funcionarios de los servicios de inte-

⁶⁷ ECOWAS Code of Conduct, arts. 4 and 6.

⁶⁸ International Commission of Jurists, "Assessing damage, urging action", report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, pp. 85–89 (hereafter ICJ-EJP report); Imtiaz Fazal, "Who shall guard the guards?: civilian operational oversight and Inspector General of Intelligence", in "To spy or not to spy?: Intelligence and Democracy in South Africa", p. 31.

⁶⁹ Morton Halperin, "Controlling the intelligence agencies", *First Principles*, vol. I, No. 2, October 1975.

⁷⁰ United Kingdom (footnote 47), arts. 1, 4; United Kingdom (footnote 20), sect. 7. With regard to engaging in criminal activities as part of intelligence collection, see Netherlands (footnote 20), art. 21 (3); United Kingdom (footnote 47), arts. 1, 4; United Kingdom (footnote 20), sect. 7.

⁷¹ South African Ministerial Review Commission, pp. 157–158.

ligencia a llevar a cabo actos que en condiciones normales y con arreglo a la legislación nacional serían ilegales no pueden hacerse extensivas a ninguna acción que viole la Constitución o la normativa internacional no derogable de los derechos humanos⁷².

Práctica 16. La legislación nacional prevé sanciones penales, civiles o de otro tipo para cualquier miembro de los servicios de inteligencia, o persona que actúe en nombre de estos servicios, que viole la legislación nacional o la normativa internacional de los derechos humanos, o que ordene una medida que las viole. Las leyes prevén además procedimientos para que las personas puedan responder de estas violaciones.

23. Los Estados se aseguran de que los empleados de los servicios de inteligencia respondan de las violaciones de la ley, previendo y aplicando sanciones para determinados delitos. Esto contribuye a promover el respeto por el estado de derecho y los derechos humanos en los servicios de inteligencia. Muchas leyes nacionales que regulan los servicios de inteligencia prevén sanciones específicas para los empleados que violen esas leyes u otras disposiciones aplicables de la legislación nacional o el derecho internacional⁷³. Dado que muchas de las actividades de los servicios de inteligencia son de carácter secreto, es posible que las autoridades judiciales competentes no detecten los delitos (cometidos por empleados). Por consiguiente, es de buena práctica que la legislación nacional exija a la administración de los servicios de inteligencia que someta los casos de posibles actos delictivos a las autoridades judiciales⁷⁴. Cuando miembros de los servicios de inteligencia cometan violaciones graves de los derechos humanos, como torturas, los Estados tienen la obligación legal internacional de procesar a estas personas⁷⁵. La responsabilidad penal de los empleados de los servicios de inteligencia no sólo se

⁷² Netherlands (footnote 20), annex.

⁷³ Croatia (footnote 2), arts. 88–92; Romania (footnote 15), arts. 20–22, Argentina (footnote 2), art. 42; Bulgaria (footnote 15), art. 88(1), 90 & 91; South Africa (footnote 23), arts. 18, 26.

⁷⁴ Canada (footnote 6), sect. 20 (2–4).

⁷⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, arts. 4 and 6.

deriva de su participación directa en las actividades de que se trate, sino también de que hayan ordenado tales actividades, o hayan sido cómplices en las mismas por otros conceptos⁷⁶.

Práctica 17. Los miembros de los servicios de inteligencia están legalmente obligados a negarse a obedecer las órdenes de sus superiores que violarían la legislación nacional o la normativa internacional de los derechos humanos. Se prevé la protección adecuada para los miembros de los servicios de inteligencia que se nieguen a obedecer órdenes en estos casos.

24. Es de buena práctica que la legislación nacional exija a los miembros de los servicios de inteligencia que se nieguen a obedecer órdenes que, a su juicio, violarían la legislación nacional o la normativa internacional de derechos humanos⁷⁷. Si bien esta disposición es más habitual en las leyes aplicables a las fuerzas armadas, varios Estados la han incluido en los reglamentos de sus servicios de inteligencia⁷⁸. La obligación de los miembros de los servicios de inteligencia de negarse a obedecer órdenes ilegales es una salvaguardia importante contra posibles abusos de los derechos humanos, así como contra las órdenes que imparten los gobiernos en ejercicio para promover o proteger sus intereses propios. Un principio acreditado del derecho internacional es que los individuos no están exentos de responsabilidad penal por las violaciones graves de los derechos humanos que hayan cometido en cumplimiento de la orden de un superior⁷⁹. Por consiguiente, para eludir la responsabilidad penal individual, los miembros de los servicios de inteligencia están obligados a negarse a obedecer cualquier orden que, a su leal saber y entender, sea manifiestamente ilegítima. Esto pone de relieve la importancia de la formación en derechos humanos de los funcionarios de los servicios

⁷⁶ Rome Statute, art. 25 (3) (b-d), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 1.

⁷⁷ Hungary, Act on the National Security Services, sect. 27; Lithuania (footnote 9), art. 18; ECOWAS Code of Conduct, art. 16.

⁷⁸ Bosnia and Herzegovina (footnote 6), art. 42; South Africa (footnote 23), art. 11 (1).

⁷⁹ Rome Statute, art. 33; Geneva Conventions I-IV; Commission on Human Rights (footnote 65), principle 27; see also Lithuania (footnote 9), art. 18.

de inteligencia, que han de ser conscientes de los derechos y obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional (véase la práctica 19). Para promover la no tolerancia de los abusos de los derechos humanos, los Estados ofrecen protección jurídica contra represalias a los miembros de los servicios de inteligencia que se nieguen a obedecer órdenes ilegales⁸⁰. La obligación de negarse a obedecer órdenes ilegales está estrechamente vinculada con la existencia de mecanismos internos o externos que permitan a los empleados de los servicios de inteligencia dar a conocer sus temores acerca de las eventuales órdenes ilegales (véase la práctica 18 *infra*).

Práctica 18. Existen procedimientos internos para que los miembros de los servicios de inteligencia puedan denunciar los hechos ilícitos. Estos procedimientos están complementados por la acción de un organismo independiente que tiene el mandato de investigar a fondo los hechos ilícitos y tomar disposiciones para repararlos cuando los procedimientos internos hayan resultado inadecuados, y el acceso a la información necesaria para ello. Los miembros de los servicios de inteligencia que, actuando de buena fe, denuncien un hecho ilícito, están protegidos legalmente de cualquier forma de represalia. Esta protección se hace extensiva a las revelaciones a los medios de comunicación o al público en general, si se hicieran como último recurso y se referían a cuestiones de gran interés público.

25. Sucede con frecuencia que los empleados de los servicios de inteligencia son los que están en mejores condiciones para detectar antes que nadie los hechos ilícitos cometidos por los servicios, como violaciones de los derechos humanos, malversaciones financieras y otras infracciones de la ley civil. En consecuencia, es de buena práctica que la legislación nacional prevea procedimientos específicos para que los miembros de los servicios de inteligencia puedan dar a conocer sus temores respecto de la comisión de hechos ilícitos⁸¹. Estas disposiciones tienen por objeto alentar a los miembros de estos servicios a denunciar los hechos ilícitos, garantizando al propio tiempo que la revelación de información potencialmente delicada, y la investigación de la misma, se hagan de ma-

⁸⁰ Bosnia and Herzegovina (footnote 6), art. 42.

⁸¹ New Zealand, Protected Disclosures Act, sect. 12; Bosnia and Herzegovina (footnote 6), art. 42; Canada, Security of Information Act, sect. 15.

nera controlada. La práctica de los Estados muestra que hay varios cauces posibles para esas revelaciones, como mecanismos internos encargados de recibir e investigar las revelaciones de miembros de los servicios de inteligencia⁸², instituciones externas encargadas de lo mismo, y miembros de servicios de inteligencia que hagan directamente las revelaciones a las mencionadas instituciones⁸³. En algunos sistemas, los miembros de los servicios de inteligencia sólo pueden dirigirse a la institución externa si el órgano interno no ha tenido debidamente en cuenta los temores expresados⁸⁴. Algunos Estados autorizan a los miembros de los servicios de inteligencia a hacer revelaciones públicas como último recurso, o cuando esas revelaciones tengan que ver con cuestiones especialmente graves, como una amenaza a la vida humana⁸⁵. Independientemente de la naturaleza concreta de los cauces utilizados para hacer la revelación, es de buena práctica que la legislación nacional proporcione protección contra las represalias a los individuos que hagan revelaciones autorizadas por la ley⁸⁶.

⁸² United Kingdom, Intelligence and Security Committee, annual report 2007–2008, paras. 66–67 (reference to the position of an “ethical counsellor” within the British Security Service); United States of America, Department of Justice, Whistleblower Protection for Federal Bureau of Investigation Employees, Federal Register, vol. 64, No. 210 (Inspector General and the Office of Professional Responsibility).

⁸³ Germany (footnote 36), sect. 8(1); New Zealand (footnote 81), sect. 12. It should be noted that, in New Zealand, the Inspector-General is the only designated channel for protected disclosures.

⁸⁴ United States of America (footnote 35), title 50, sect. 403(q), 5; Canada (footnote 6), sect. 15 (5); Australia, Inspector-General of Intelligence and Security Act 1986, sects. 8 (1)a, (2)a,(3)a and 9(5).

⁸⁵ Canada (footnote 81), sect. 15; Germany, Criminal Code, sects. 93(2), 97a and 97b. The importance of public disclosures as a last resort was also highlighted in the report “Whistleblower protection: a comprehensive scheme for the Commonwealth public sector” House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs on the inquiry into whistleblowing protection within the Australian Government public sector, pp. 163–164; see also National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, “The 911 Commission Report”, chapter 3.

⁸⁶ Netherlands, Government Decree of 15 December 2009 Laying Down a Procedure for Reporting Suspected Abuses in the Police and Government Sectors, art. 2; United States of America, title 5, US Code, sect. 2303(a); Bosnia and

G. Profesionalidad

Práctica 19. Los servicios de inteligencia y sus instituciones de supervisión toman disposiciones para promover una cultura institucional de profesionalidad, basada en el respeto por el estado de derecho y los derechos humanos. En particular, los servicios de inteligencia deben impartir formación a sus miembros respecto de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, incluida la normativa internacional de los derechos humanos.

26. Por cultura institucional de un servicio de inteligencia se entiende un conjunto de valores, actitudes y prácticas predominantes o ampliamente compartidas por los empleados del servicio. Es uno de los principales factores que define la actitud de los funcionarios de los servicios de inteligencia frente al estado de derecho o a los derechos humanos⁸⁷. En efecto, los marcos jurídicos e institucionales por sí solos no pueden garantizar que los miembros de los servicios de inteligencia respeten los derechos humanos o el estado de derecho. Varios Estados y sus servicios de inteligencia han formulado códigos deontológicos o principios profesionales para promover una cultura institucional que valore y realce el respeto por los derechos humanos y el estado de derecho⁸⁸. Los códigos de conducta suelen incluir disposiciones sobre el comportamiento adecuado, la disciplina y las normas éticas que deben observar todos los miembros de los servicios de inteligencia⁸⁹. En algunos Estados, el ministerio encargado de los servicios de inteligencia publica estos documentos, con lo que se responsabiliza políticamente

Herzegovina (footnote 6), art. 42; Australia (footnote footnote 84), sect. 33; Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Draft Resolution on the protection of whistleblowers, doc. 12006, paras. 6.2.2 and 6.2.5.

⁸⁷ South African Ministerial Review Commission on Intelligence, p. 233.

⁸⁸ South Africa, Five principles of intelligence service professionalism, South African Intelligence Services; South Africa, Ministerial Regulations of the Intelligence Services, chapter 1(3)(d), 1(4)(d); see also Bulgaria (footnote 15), art. 66 (with regard to application of the Ethical Code of Behaviour for Civil Servants to members of the intelligence services).

⁸⁹ United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 8(3); South Africa, Five principles of intelligence service professionalism, South African Intelligence Services.

su contenido⁹⁰. Es de buena práctica que los códigos de conducta (y otros documentos similares) sean sometidos al examen pormenorizado de instituciones internas y externas de supervisión⁹¹. La formación es otro instrumento clave para la promoción de una cultura institucional y profesional en los servicios de inteligencia: muchos servicios de inteligencia han organizado programas de formación que prestan especial atención a la profesionalidad y enseñan a los empleados las normas constitucionales pertinentes, la ley civil y la normativa internacional de los derechos humanos⁹². Es de buena práctica que estos programas de formación sean exigidos y regulados por la ley, y se apliquen a todos los miembros presentes y futuros de los servicios de inteligencia⁹³. Por último, la adopción de políticas internas de personal que premien las conductas éticas y profesionales puede reforzar la cultura de la profesionalidad.

H. Salvaguardias de los derechos humanos

Práctica 20. Todas las medidas adoptadas por los servicios de inteligencia que coarten los derechos humanos y las libertades fundamentales cumplen los siguientes criterios: a) Están contempladas en leyes a las que el público tiene acceso y que son conformes con las normas internacionales de derechos humanos. b) Son estrictamente necesarias para el desempeño del mandato legal de los servicios de inteligencia. c) Guardan proporción con el objetivo. Con esta finalidad, los servicios de inteligencia seleccionan las medidas que menos coarten los derechos humanos y procuran muy en especial reducir al mínimo los efectos desfavorables de estas medidas en los derechos de las personas, incluidos los particulares de los que no se sospeche que han cometido ningún hecho ilícito. d) Ninguna de esas medidas vulnera las normas imperativas del derecho

⁹⁰ United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 8(3).

⁹¹ Netherlands, Supervisory Committee on Intelligence and Security Services, On the Supervisory Committee's investigation into the deployment by the GISS of informers and agents, especially abroad, see sect. 4; for the role of Inspectors-General in these matters, see South African Ministerial Review Commission, p. 234.

⁹² South African Ministerial Review Commission on Intelligence, pp. 209 and 211.

⁹³ Argentina (footnote 2), arts. 26–30; South Africa (footnote 23), art. 5(2)(a).

internacional ni los elementos esenciales de todo derecho humano. e) Existe un sistema bien definido y completo para autorizar, vigilar y supervisar la aplicación de cualquier medida que coarte los derechos humanos. f) Las personas cuyos derechos hayan sido eventualmente coartados por los servicios de inteligencia pueden presentar denuncias a una institución independiente y tratar de obtener una reparación efectiva.

27. Las leyes nacionales permiten a la mayoría de los servicios de inteligencia realizar actividades que coartan los derechos humanos. Estas facultades se ejercen principalmente en el ámbito de la recopilación de información, pero pueden incluir también medidas para hacer cumplir la ley, el empleo de datos personales y la utilización compartida de información personal. La legislación de los países prevé salvaguardias de los derechos humanos por dos razones principales: para limitar las injerencias en el derecho de los individuos a realizar actos permisibles de conformidad con la normativa internacional y los derechos humanos, y para impedir el uso arbitrario o ilimitado de esas medidas⁹⁴.

28. Toda medida que coarte los derechos humanos debe estar prescrita por una ley que sea compatible con la normativa internacional de los derechos humanos y esté en vigor en el momento en que se adopte la medida⁹⁵. Esta ley ha de definir las medidas en términos concretos y precisos, establecer condiciones estrictas para su aplicación y exigir que su aplicación tenga que ver directamente con el mandato del servicio de inteligencia⁹⁶.

29. Muchas legislaciones nacionales prevén el requisito de que todas las medidas de los servicios de inteligencia que coarten los derechos humanos han de ser necesarias en una sociedad democrática⁹⁷. Por necesarias se entiende que la aplicación de cualquier medida ha de estar vinculada de manera clara y racional con la pro-

⁹⁴ Siracusa Principles (footnote 38).

⁹⁵ See practices nos. 3 and 4; Croatia (footnote 2), art. 33; Lithuania (footnote 9), art. 5; Council of Europe (footnote 4), para. 5.

⁹⁶ MacDonald Commission, p. 423; Morton Halperin (footnote 69).

⁹⁷ Sierra Leone (footnote 14), art. 22 (b); United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 14 (1); Japan (footnote 61), art. 3(1); Botswana (footnote 21), sect. 22(4) a-b.

tección de los intereses legítimos de la seguridad nacional, según se definen en la legislación nacional⁹⁸.

30. Con arreglo al principio de proporcionalidad, que está enunciado en las leyes de muchos Estados, cualquier medida que coarte los derechos humanos ha de guardar proporción con el objetivo previsto (y legalmente permisible)⁹⁹. Con objeto de garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los servicios de inteligencia, muchos Estados exigen que sus servicios de inteligencia utilicen los medios menos invasivos posibles para el logro de un determinado objetivo¹⁰⁰.

31. Las legislaciones nacionales prohíben a los servicios de inteligencia aplicar cualquier medida que incumpla la normativa internacional de los derechos humanos y/o las normas imperativas del derecho internacional. Algunos Estados han incluido prohibiciones explícitas de violaciones graves de los derechos humanos en las leyes que regulan los servicios de inteligencia¹⁰¹. Aunque podría destacarse el carácter inviolable de los derechos humanos no derogables, en cada derecho humano hay un elemento esencial que no se presta a limitación alguna.

32. Los Estados se aseguran de que las medidas de los servicios de inteligencia que coartan los derechos humanos están sujetas a autorización previa con arreglo a un proceso legalmente prescrito, así como a la supervisión y examen posteriores (véanse las prácticas 6, 7, 21, 22, 28 y 32).

⁹⁸ Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, principle 2(b); Ottawa Principles, principle 7.4.1.

⁹⁹ Germany (footnote 2), sect. 8(5); Germany, Act on the Federal Intelligence Service, sect. 2(4); Council of Europe (footnote 4), art. V (ii); MacDonald Commission report, p. 513.

¹⁰⁰ Croatia (footnote 2), art. 33(2); Hungary (footnote 77), sect. 53(2); United States of America, Executive Order No. 12333, sect. 2.4. Federal Register vol. 40, No. 235, sect. 2; Germany (footnote 2), Sect. 8(5); Germany (footnote 99), Sect. 2(4); A/HRC/13/37, paras. 17 (f) and 49.

¹⁰¹ Botswana (footnote 21), sect. 16 (1)(b)(i) related to the prohibition of torture and similar treatment.

33. Un requisito fundamental de la normativa internacional de los derechos humanos es que las víctimas de violaciones de esos derechos puedan pedir reparación y compensación. En muchos Estados hay procedimientos para garantizar el acceso de los individuos a una institución independiente que pueda zanjar estas reclamaciones (véanse las prácticas 9 y 10)¹⁰².

I. RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

Práctica 21. La legislación nacional define los tipos de medidas de recopilación que pueden emplear los servicios de inteligencia, los objetivos permisibles de la recopilación de información; las clases de personas y actividades respecto de las cuales puede recopilarse información; el grado de sospecha que justifica la recopilación de información; los plazos dentro de las cuales puede recopilarse la información; y los procedimientos para actualizar, supervisar y examinar las medidas de recopilación de información.

34. En la mayoría de los Estados, los servicios de inteligencia recurren a medidas invasivas, como la vigilancia encubierta y la interceptación de comunicaciones, a fin de recopilar la información necesaria para el desempeño de sus mandatos. Un requisito fundamental del estado de derecho es que los individuos han de ser conscientes de las medidas que puedan tomar las autoridades para coartar sus derechos, y ser capaces de prever las actividades que puedan dar lugar a la aplicación de esas medidas¹⁰³. La legislación nacional define las clases de personas y actividades respecto de las cuales puede recopilarse información¹⁰⁴, así como el grado de

¹⁰² American Convention on Human Rights, art. 25; Arab Charter, art. 9; Siracusa principles, art. 8; European Court of Human Rights, *Klass v. Germany*, A 28 (1979-80), 2 EHHR 214, para. 69. See also practices 9 and 10.

¹⁰³ European Court of Human Rights, *Liberty v. UK*, para 63; *Malone v. The United Kingdom*, 2 August 1984, para.67; Council of Europe (footnote 4), art. V (i); *Huvig v. France*, para. 32; Kenya (footnote 16), art. 22 (4); Romania (footnote 8), art. 20. This recommendation is also made in the Moroccan TRC Report, vol. 1, chap. IV, 8-4; Hungary (footnote 77), sects. 54, 56; Croatia (footnote 2), art. 33 (3-6).

¹⁰⁴ European Court of Human Rights, *Weber & Saravia v. Germany*, decision on admissibility, para. 95; European Court of Human Rights, *Huvig v France*, 24 April 1990, para. 34; United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 15 (1).

sospecha que justifica la aplicación de determinadas medidas de recopilación de información¹⁰⁵. Algunas leyes nacionales imponen limitaciones específicas a la aplicación de medidas invasivas de recopilación de información sobre determinadas categorías de personas, en particular periodistas y abogados¹⁰⁶. Esta protección tiene por objeto salvaguardar privilegios profesionales que se consideran esenciales para el funcionamiento de una sociedad libre, como el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes o relación de privilegio entre el abogado y su cliente. Una limitación estricta del uso de métodos invasivos de recopilación de información contribuye a garantizar que estas operaciones sean a la vez necesarias y limitadas a individuos y grupos que probablemente participan en actividades que ponen en peligro la seguridad nacional. La legislación nacional también prevé normas sobre la duración permisible de las medidas invasivas de recopilación de información; una vez concluido el plazo los servicios de inteligencia deben solicitar autorización para poder continuar aplicándolas¹⁰⁷. Asimismo, es de buena práctica que la legislación nacional exija que las medidas de recopilación de información dejen de aplicarse en cuanto se haya alcanzado el objetivo para el que se utilizaron, o cuando esté claro que este objetivo no puede alcanzarse¹⁰⁸. Estas disposiciones sirven para minimizar la vulneración de los derechos de los afectados, y contribuyen a garantizar que las medidas de recopilación de información cumplan el requisito de proporcionalidad.

¹⁰⁵ Kenya (footnote 16), art. 22 (1); Sierra Leone (footnote 14), art. 22; Tanzania (footnote 61), art. 14 (1), 15 (1); Canada (footnote 6), sect. 21 (all reasonable grounds); Netherlands (footnote 20), art. 6 (a) (serious suspicion); Germany (footnote 2), sect. 9 (2); Germany, Constitutional Court, Judgement on Provisions in North-Rhine Westphalia Constitution Protection Act, 27 February 2008.

¹⁰⁶ Germany, G10 Act, sect. 3b; Germany (footnote 85), sects. 53 and 53a.

¹⁰⁷ Germany (footnote 106), sect. 10 (5); Kenya (footnote 16), art. 22 (6); Romania (footnote 8), art. 21 (10); South Africa (footnote 23), sect. 11(3)a; Croatia (footnote 2), art. 37; Canada (footnote 6), sect. 21 (5); Hungary (footnote 77), sect. 58(4), sect. 60 (termination); European Court of Human Rights, *Weber & Saravia v. Germany*, para. 95.

¹⁰⁸ United Kingdom (footnote 47), sect. 9; Germany (footnote 106), sect. 11 (2); Germany (footnote 2), sect. 9 (1); European Court of Human Rights, *Huvig v France*, para. 34.

Práctica 22. Las medidas de recopilación de información que coartan de manera significativa los derechos humanos son autorizadas y supervisadas por una institución, por lo menos, que es externa a los servicios de inteligencia e independiente de ellos. Esta institución tiene poderes para ordenar la revisión, suspensión o terminación de esas medidas. Las medidas de recopilación de información que coarten de manera significativa los derechos humanos deben pasar por un procedimiento previo de autorización a múltiples niveles, que comprende la aprobación del propio servicio de inteligencia, del poder ejecutivo y de una institución que sea independiente de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo.

35. De ordinario las legislaciones nacionales incluyen disposiciones detalladas sobre el procedimiento de autorización de todas las medidas de recopilación de información que coarten los derechos humanos¹⁰⁹. Para conceder la autorización es menester que los servicios de inteligencia justifiquen la utilización propuesta de las medidas de recopilación de información, de conformidad con un marco jurídico claramente definido (véanse las prácticas 20 y 21 *supra*). Este mecanismo es fundamental para garantizar la conformidad con la ley de estas medidas. Es de buena práctica que las medidas invasivas de recopilación de información sean autorizadas por una institución independiente de los servicios de inteligencia, por ejemplo un miembro del poder ejecutivo que asuma la responsabilidad política¹¹⁰ o un organismo (cuasi) judicial¹¹¹. Los organismos judiciales son independientes del proceso de inteligencia y por ello están en mejores condiciones de efectuar una evaluación independiente e imparcial de una solicitud de aplicación de medidas invasivas de recopilación de información¹¹². Además, una práctica especialmente aconsejable es que los métodos de recopilación de información más invasivos (por ejemplo, la interceptación del contenido de comunicaciones, la interceptación de la correspondencia,

¹⁰⁹ Germany (footnote 106), sects. 9–10; Canada (footnote 6), sect. 21; Netherlands (footnote 20), arts. 20 (4) and 25(4); Kenya (footnote 16), art. 22.

¹¹⁰ Australia (footnote 3), arts. 25, 25a; Netherlands (footnote 20), arts. 19, 20(3–4), 22 (4), 25; United Kingdom (footnote 47), sects. 5–7.

y el allanamiento de morada) sean autorizados por los principales directivos de los servicios de inteligencia, el poder ejecutivo que asuma la responsabilidad política y un organismo (cuasi) judicial¹¹³.

36. Los Estados garantizan la supervisión constante de la recopilación de información por una institución externa a los servicios de inteligencia. Es de buena práctica que los servicios de inteligencia deban informar constantemente de la aplicación de las medidas de recopilación de información, y que la institución externa de supervisión tenga facultades para ordenar el cese de esas medidas¹¹⁴. En muchos Estados hay organismos externos que se encargan de la supervisión *ex post facto* de las medidas de recopilación de información, para determinar si han sido autorizadas y aplicadas de conformidad con la ley¹¹⁵. Esto es especialmente importante, porque no es probable que los individuos cuyos derechos hayan resultado afectados por la recopilación de información sean conscientes de ello y, por consiguiente, esas personas tienen pocas oportunidades de impugnar la legalidad de las medidas.

J. Gestión y utilización de datos personales

Práctica 23. Una ley a la que el público tiene acceso define los tipos de datos personales que pueden retener los servicios de inte-

¹¹¹ Argentina (footnote 2), arts. 18 and 19; Kenya (footnote 16), art. 22; Sierra Leone (footnote 14), art. 22; Croatia (footnote 2), arts. 36–38; Romania (footnote 8), arts. 21 and 22; Canada (footnote 6), sect. 21 (1–2); South Africa (footnote 23), sect. 11. See also European Court of Human Rights, *Klass v. Germany* (footnote 102), para. 56.

¹¹² The European Court of Human Rights has indicated its preference for judicial control for the use of intrusive collection methods, see *Klass v. Germany* (footnote 102), paras. 55–56. See also Parliamentary Assembly of the Council of Europe, recommendation 1402, ii. The South African Ministerial Review Commission argues that all intrusive methods should require judicial authorizations; see p. 175; Cameron (footnote 48), pp. 151, 156–158.

¹¹³ Canada (footnote 6), sect. 21; Germany (footnote 106), sects. 9–11 and 15(5). See also Canada, MacDonald Commission, pp. 516–528.

¹¹⁴ Croatia (footnote 2), art. 38 (2); United Kingdom (footnote 47), sect. 9 (3–4); Germany (footnote 106), sect. 12 (6). See also Canada, MacDonald Commission, p. 522.

¹¹⁵ United Kingdom (footnote 47), sect. 57(2); Norway, Parliamentary Intelligence Oversight Committee; Netherlands (footnote 20), art. 64 (2) (a).

ligencia, y los criterios que rigen la utilización, retención, supresión y revelación de estos datos. Los servicios de inteligencia están autorizados a retener los datos personales que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de su mandato.

37. Hay un cierto número de principios generales que regulan la protección de los datos personales; habitualmente estos principios están enunciados en la legislación nacional¹¹⁶ y en instrumentos internacionales¹¹⁷. Se trata de los siguientes requisitos: que la recopilación y el procesamiento de los datos personales se hagan de manera legal y equitativa; que el uso de los datos personales se limite y circunscriba a su finalidad original indicada; que se tomen medidas para garantizar la exactitud de los registros de datos personales; que los archivos de datos personales se supriman cuando ya no sean necesarios, y que los particulares tengan derecho de acceder a sus archivos de datos personales y corregirlos¹¹⁸. En el contexto de la utilización de los datos personales por los servicios de inteligencia, la apertura, retención o eliminación de archivos de datos personales pueden tener graves consecuencias para los derechos humanos. Por consiguiente, la legislación civil prevé normas para la gestión y el uso de los datos personales por los servicios de inteligencia, a modo de salvaguardia legal contra la atribución de facultades incontroladas al poder ejecutivo o a los servicios de inteligencia a este respecto¹¹⁹. Una segunda salvaguardia consiste en

¹¹⁶ Japan, Act on the Protection of Personal Information held by Administrative organs; Switzerland, *Loi fédérale sur la protection des données*.

¹¹⁷ A/HRC/13/37, paras. 11–13. For specific examples of international principles, see the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (No. 108); the Organization for Economic Cooperation and Development, Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data (1980); The Guidelines for the Regulation of Computerized Personal data Files (General Assembly resolution 45/95 and E/CN.4/1990/72).

¹¹⁸ It should be acknowledged that international agreements permit derogation from basic principles for data protection when such derogation is provided for by law and constitutes a necessity in the interest of, inter alia, national security. See Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (No. 108), art. 9.

¹¹⁹ European Court of Human Rights, *Weber and Saravia v. Germany*, no. 54934/00, 29 June 2006, paras. 93–95.

el establecimiento de directrices legales que especifican y limitan los motivos por los cuales los servicios de inteligencia están autorizados a abrir y mantener archivos de datos personales¹²⁰. En tercer lugar, es práctica establecida en varios Estados que los servicios de inteligencia informen al público en general de la clase de datos personales que tienen en archivo, el tipo de datos personales que pueden retener en el archivo, el alcance de los datos y los motivos que justifican la retención de información personal en el servicio¹²¹. En cuarto lugar, varios Estados han tipificado como delito la revelación o utilización de datos personales por funcionarios de los servicios de inteligencia, fuera del marco jurídico establecido¹²². Una última salvaguardia es que los Estados han dispuesto de manera explícita que los servicios de inteligencia no están autorizados a almacenar datos personales con criterios discriminatorios¹²³.

Práctica 24. Los servicios de inteligencia llevan a cabo evaluaciones regulares de la pertinencia y la exactitud de los datos personales en su poder. Estos servicios están legalmente obligados a suprimir o actualizar cualquier información que se haya determinado que no es exacta o que ya no sea pertinente para su mandato, la labor de las instituciones de supervisión o posibles actuaciones judiciales.

38. Diversos Estados han tomado disposiciones para que los servicios de inteligencia comprueben regularmente la exactitud de los datos personales de sus archivos, y su pertinencia para el mandato del servicio¹²⁴. Las salvaguardias relativas a la pertinencia y

¹²⁰ MacDonald Inquiry, p. 519; Netherlands (footnote 20), art. 13.

¹²¹ Canada, Privacy Act, sect. 10. An overview of personal information banks maintained by the Canadian Security and Intelligence Services can be found on the website of the Government of Canada (<http://www.infosource.gc.ca/inst/csi/fed07-eng.asp>).

¹²² Romania (footnote 15), art. 21.

¹²³ For example, in Ecuador, intelligence services are not allowed to store personal data on the basis of ethnicity, sexual orientation, religious belief, political position or of adherence to or membership in political, social, union, communitarian, cooperative, welfare, cultural or labour organizations; see Ecuador (footnote 15), art. 22.

¹²⁴ Germany (footnote 2), sect. 14 (2); Germany (footnote 106), sect. 4 (1), sect. (5); Switzerland (footnote 5), art. 15 (1) (5).

la exactitud de los datos personales contribuyen a minimizar la vulneración permanente del derecho a la intimidad. En algunos Estados la ley obliga a los servicios de inteligencia a destruir no sólo los archivos que ya no sean pertinentes¹²⁵, sino también los que no sean correctos o hayan sido procesados inadecuadamente¹²⁶. Aunque los servicios de inteligencia están obligados de ordinario a suprimir los datos que dejen de ser pertinentes para su mandato, es importante que esto no vaya en detrimento de la labor de los organismos de supervisión o de las posibles actuaciones judiciales. La información en poder de los servicios de inteligencia puede constituir una prueba en las actuaciones judiciales, con importantes consecuencias para las personas afectadas; además, la disponibilidad de este material puede ser importante para la garantía de los derechos procesales. Por lo tanto, es de buena práctica que los servicios de inteligencia estén obligados a retener todos los registros (incluidas las transcripciones originales y las notas operativas) cuando pueda haber lugar a actuaciones judiciales, y que la supresión de estas informaciones sea supervisada por una institución externa (véase la práctica 25 *infra*)¹²⁷.

Práctica 25. Existe una institución independiente encargada de supervisar la utilización de datos personales por los servicios de inteligencia. Esta institución tiene acceso a todos los archivos de los servicios de inteligencia y está facultada a ordenar la revelación de información a las personas afectadas, así como la destrucción de archivos o de la información personal contenida en ellos.

39. En muchos Estados la gestión de los archivos de datos personales es objeto de supervisión regular y continua por parte de instituciones independientes¹²⁸. Estas instituciones tienen el mandato de realizar visitas regulares de inspección y comprobaciones

¹²⁵ Germany (footnote 2), sect. 12 (2); Kenya (footnote 16), sect. 28(1).

¹²⁶ Netherlands (footnote 20), art. 43; Croatia (footnote 2), art. 41(1).

¹²⁷ *Charkaoui v. Canada* (Citizenship and Immigration), [2008] 2 S.C.R. 326, 2008 SCC 38, para. 64.

¹²⁸ Sweden (footnote 27), art. 1; Hungary (footnote 77), sect. 52. See also practices 6–8.

aleatorias de los archivos de datos personales de operaciones presentes y pasadas¹²⁹. Asimismo, algunos Estados han encomendado a instituciones independientes de supervisión que verifiquen si las directrices internas relativas a la gestión de los archivos son conformes a derecho¹³⁰. Los Estados han reconocido que las instituciones de supervisión tienen que ser autónomas en sus métodos de trabajo/inspección, y disponer de los recursos y las capacidades suficientes para llevar a cabo inspecciones regulares de la gestión y utilización de datos personales por los servicios de inteligencia¹³¹. Los servicios de inteligencia están obligados por ley a cooperar plenamente con la institución de supervisión encargada de examinar sus prácticas de gestión y utilización de datos personales¹³².

Práctica 26. Los particulares tienen la posibilidad de pedir el acceso a sus datos personales que obren en poder de los servicios de inteligencia. Para ejercer este derecho deberán presentar una solicitud, directamente a una autoridad competente o por conducto de una institución independiente encargada de la protección de los datos o la supervisión. Los particulares tienen derecho a rectificar los elementos de sus datos personales que no sean exactos. Toda excepción a esta regla está prevista en las leyes, está estrictamente limitada, es proporcional y es necesaria para el desempeño del mandato del servicio de inteligencia. Los servicios de inteligencia deben justificar, ante una institución independiente de supervisión, toda decisión de no dar a conocer información personal.

¹²⁹ In Norway, the Parliamentary Intelligence Oversight Commission is obliged to carry out six inspections per year of the Norwegian Police Security Service, involving at least 10 random checks in archives in each inspection and a review of all current surveillance cases at least twice per year; see Norway, Instructions for monitoring of intelligence, surveillance and security services, arts. 11.1 (c) and 11.2 (d).

¹³⁰ See Germany (footnote 2), sect. 14 (1), according to which the Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information should be heard prior to issuing a directive on file management.

¹³¹ Sweden, Ordinance containing Instructions for the Swedish Commission on Security and Integrity Protection, paras. 4–8 (on management and decision-making), 12 and 13 (on resources and support).

¹³² Hungary (footnote 77), sect. 52.

40. Muchos Estados han reconocido a los particulares el derecho a acceder a sus datos personales que obran en poder de los servicios de inteligencia. Este derecho puede ejercerse dirigiendo una solicitud al servicio de inteligencia¹³³, a un ministerio competente¹³⁴, o a una institución independiente de supervisión¹³⁵. El derecho de los particulares a acceder a sus archivos de datos personales debe verse en el contexto de las salvaguardias de los derechos a la intimidad, y de la libertad de acceso a la información. Esta salvaguardia no sólo es importante porque permite que los particulares verifiquen si su archivo de datos personales es legal y no contiene inexactitudes, sino también porque protege del abuso, la mala administración y la corrupción. En efecto, el derecho del particular a acceder a sus datos personales que obran en poder de los servicios de inteligencia permite promover la transparencia del proceso de adopción de decisiones de los servicios de inteligencia y la rendición de cuentas de esos servicios, y, por consiguiente, contribuye a aumentar la confianza de los ciudadanos en la acción del gobierno¹³⁶. Los Estados pueden limitar el acceso a los archivos de datos personales por diversos motivos, como la protección de las investigaciones en curso y de sus fuentes y métodos. No obstante, es de buena práctica que estas restricciones estén contempladas en la ley, y cumplan los requisitos de proporcionalidad y necesidad¹³⁷.

K. El ejercicio de las facultades de arresto y detención

Práctica 27. Los servicios de inteligencia no están autorizados a ejercer las facultades de arresto y detención sin un mandato que les permita desempeñar las funciones reservadas a las fuerzas de seguridad. No se confieren facultades de arresto y detención a los servicios

¹³³ Croatia (footnote 2), art. 40 (1).

¹³⁴ Netherlands (footnote 20), art. 47.

¹³⁵ Sweden (footnote 27), art. 3; Switzerland (footnote 5), art. 18 (1).

¹³⁶ David Banisar, Public oversight and national security: Comparative approaches to freedom of information, Marina Caparini and Hans Born (eds.), *Democratic control of intelligence services: Containing the rogue elephant*, p. 217.

¹³⁷ Netherlands (footnote 20), arts. 53–56; Croatia (footnote 2), art. 40 (2) (3); Germany (footnote 2), sect. 15(2).

de inteligencia si estas facultades las ejercen ya las fuerzas de seguridad, que llevan a cabo estas actividades en virtud de su mandato.

41. Una buena práctica ampliamente aceptada es prohibir explícitamente a los servicios de inteligencia que ejerzan facultades de arresto y detención si su mandato legal no prevé que desempeñen funciones de policía en relación con los delitos contra la seguridad nacional, como el terrorismo¹³⁸. Se han esgrimido argumentos convincentes contra la conjunción de las funciones de inteligencia y de policía¹³⁹. No obstante, si la legislación nacional confiere a los servicios de inteligencia las facultades de arresto y detención, es de buena práctica que esto se haga explícitamente en el marco de un mandato que atribuya a estos servicios funciones de policía en relación con amenazas concretas a la seguridad nacional, como el terrorismo¹⁴⁰. Si las fuerzas de seguridad nacionales o regionales tienen el mandato de hacer cumplir la ley en relación con los delitos contra la seguridad nacional, no hay ninguna razón legítima para conferir a un servicio de inteligencia no perteneciente a esas fuerzas facultades de arresto y detención en relación con estas mismas actividades. Existe el peligro de que se cree un sistema de seguridad paralelo, con el cual los servicios de inteligencia ejercerían facultades de arresto y detención para eludir las salvaguardias legales y los sistemas de supervisión a que están sujetas las fuerzas de seguridad del Estado¹⁴¹.

¹³⁸ Albania (footnote 21), art. 9; United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 4 (2)a; Argentina (footnote 2), art. 4 (1); New Zealand (footnote 8), sect. 4(2); Germany (footnote 2), art. 2(1).

¹³⁹ A/HRC/10/3, paras. 31, 69; Secretary-General of the Council of Europe, report under art. 52 of the European Convention of Human Rights on the question of secret detention and transport of detainees suspected of terrorist acts, notably by or at the instigation of foreign agencies, SG/Inf (2006) 5, para. 41; Parliamentary Assembly of the Council of Europe, recommendation 1402, paras. 5–6; International Commission of Jurists, “Assessing damage, urging action”, pp. 73–78, 89; Canada, MacDonald Commission, pp. 422–423 and 613–614.

¹⁴⁰ Norway, Criminal Procedure Act.

¹⁴¹ International Commission of Jurists, “Assessing damage, urging action”, pp. 73–78.

Práctica 28. Si los servicios de inteligencia ejercen facultades de arresto y detención, estas facultades se basan en leyes a las que el público tiene acceso. El ejercicio de estas facultades está limitado a los casos en que exista una sospecha razonable de que un individuo ha cometido o va a cometer un delito concreto. Los servicios de inteligencia no pueden privar de libertad a los individuos por la simple razón de que necesitan información. El ejercicio de las facultades de arresto y detención por los servicios de inteligencia está sujeto al mismo grado de supervisión que el aplicable a las fuerzas de seguridad, incluido el examen judicial de la legitimidad de cualquier medida de privación de libertad.

42. Si se confiere a los servicios de inteligencia facultades de arresto y detención, la legislación nacional ha de definir los objetivos de estas facultades y las circunstancias en que pueden ejercerse¹⁴². Es de buena práctica que el ejercicio de estas facultades esté estrictamente limitado a los casos en que haya una sospecha razonable de que se ha cometido un delito (comprendido en el mandato de los servicios de inteligencia), o se va a cometer en breve. De ello se sigue que los servicios de inteligencia no están autorizados a ejercer estas facultades con la mera finalidad de recoger información¹⁴³. El arresto y detención de individuos sin que medie una sospecha razonable de que han cometido o van a cometer un delito, o cualquier otra justificación internacionalmente aceptada de la detención, no es admisible de conformidad con la normativa internacional de los derechos humanos¹⁴⁴. Si la legislación nacional permite que los servicios de inteligencia arresten y detengan a individuos, es de buena práctica que el ejercicio de esas facultades esté sujeto al mismo grado de supervisión que se aplica a las fuerzas de seguridad en las mismas circunstancias¹⁴⁵. Y, lo que es más impor-

¹⁴² Hungary (footnote 77), art. 32; Bulgaria (footnote 15), arts. 121(2)3, 125 and 128; Norway (footnote 140), sects. 171–190.

¹⁴³ Norway, Criminal Procedure Act (footnote 140), sects. 171–173 (implied); Hungary (footnote 77), art. 32 (implied); Lithuania (footnote 9), art. 18 (implied); Switzerland (footnote 5), art. 14 (3).

¹⁴⁴ Venice Commission (1998), sect. E.

¹⁴⁵ Cyprus, Reply; Norway (footnote 140), sects. 183–185; Bulgaria (footnote 15), art. 125(5); Mexico, reply.

tante, la normativa internacional de los derechos humanos exige que los individuos tengan derecho a impugnar la legitimidad de su detención ante un tribunal¹⁴⁶.

Práctica 29. Si los servicios de inteligencia poseen facultades de arresto y detención, estas facultades deben ajustarse a la normativa internacional relativa a los derechos humanos, a la libertad y a un juicio equitativo, así como a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. En el ejercicio de estas facultades los servicios de inteligencia deberán atenerse a las normas internacionales establecidas en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el Código de Conducta para funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley y los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, entre otros instrumentos.

43. Si se les confiere facultades de arresto y detención, los servicios de inteligencia están obligados a respetar las normas internacionales vigentes en materia de privación de libertad (véase también la práctica 28 *supra*)¹⁴⁷. Estas normas están explicitadas en varios códigos de conducta internacionales y regionales de los funcionarios de las fuerzas de seguridad, que contienen una serie de buenas prácticas aplicables a los servicios de inteligencia cuando ejercen facultades de arresto y detención¹⁴⁸. Además de la obligación legal (correspondiente al examen judicial de la detención) descrita en la práctica 28 *supra*, hay otras tres series de normas

¹⁴⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, art. 9(4); OSCE-ODIHR, Countering Terrorism, Protecting Human Rights, pp. 158–160; Arab Charter on Human Rights, art. 8; American Convention on Human Rights, art. 7(6); Council of Europe (footnote 4), arts. VII (3) and VIII; General Assembly resolution A/RES/43/173, annex, principle 4.

¹⁴⁷ Venice Commission (1998), sect. E.

¹⁴⁸ See Code of Conduct for Law Enforcement Officials in General Assembly resolution 34/169; Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials; General Assembly resolution 43/173, annex. See also Committee of Ministers of the Council of Europe, European Code of Police Ethics, recommendation (2001)10 (hereafter, European Code of Police Ethics).

que regulan el ejercicio de las facultades de arresto y detención por los servicios de inteligencia. En primer lugar, los servicios de inteligencia tienen terminantemente prohibido utilizar la tortura o los tratos inhumanos o degradantes¹⁴⁹. En segundo lugar, toda utilización de la fuerza durante el arresto y la detención debe ajustarse a las normas internacionales, incluido el requisito de que el uso de la fuerza ha de ser estrictamente necesario, guardar proporción con el peligro percibido y ser objeto del correspondiente informe¹⁵⁰. En tercer lugar, es de buena práctica que los servicios de inteligencia observen las siguientes normas internacionales por las que se rige el arresto y detención de las personas: todos los arrestos, detenciones e interrogatorios que se registren desde el momento del primer arresto¹⁵¹; que los funcionarios que procedan al arresto se den a conocer a la persona arrestada y la informen de los motivos y la base jurídica de su arresto/detención¹⁵²; y que las personas detenidas por los servicios de inteligencia tengan acceso a los servicios de un abogado que las represente¹⁵³.

Práctica 30. Los servicios de inteligencia no están autorizados a tener instalaciones de detención propias ni a utilizar ninguna instalación de detención de terceros que no esté reconocida.

¹⁴⁹ Convention against Torture, art. 1; African Charter on Human and People's Rights, art. 5; Code of Conduct for Law Enforcement Officials, art. 5; European Code of Police Ethics, arts. 35 and 36; Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 6.

¹⁵⁰ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, art. 3; European Code of Police Ethics, art. 37; Council of Europe (footnote 4), art. VI (2); Morocco, IER Report, vol. 1, chap. IV, 8–6.

¹⁵¹ Bulgaria (footnote 15), art. 125 (8); OSCE Guidebook on Democratic Policing, 2008, arts 55–64; Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 12.

¹⁵² American Convention on Human Rights, art. 7(4); European Convention on Human Rights, art. 5(2); European Code of Police Ethics, art. 45; Council of Europe (footnote 4), art. VII (1); OSCE-ODIHR, Countering Terrorism, Protecting Human Rights, p. 157; *Fox, Campbell and Hartley v. UK*, para. 40; Norway (footnote 140), sect. 177.

¹⁵³ See also European Code of Police Ethics, arts. 48, 50, 54, 55 and 57; Bulgaria (footnote 15), art. 125(6); and Norway (footnote 140), sect. 186.

44. Es de buena práctica que la legislación nacional prohíba explícitamente a los servicios de inteligencia tener de instalaciones propias de detención propias¹⁵⁴. Cuando se autoriza a los servicios de inteligencia a ejercer facultades de arresto y detención, las personas detenidas son trasladadas a centros regulares de detención administrados por organismos encargados de hacer cumplir la ley¹⁵⁵. Los servicios de inteligencia tampoco están autorizados a utilizar instalaciones de detención no reconocidas que administren terceros a título de contratistas privados. Estas salvaguardias son esenciales para evitar las detenciones arbitrarias por parte de los servicios de inteligencia y/o el posible establecimiento de un régimen paralelo de detención con el que pueda retenerse a las personas en condiciones que no cumplan las normas internacionales en materia de detención ni las garantías procesales.

L. Intercambio de información y cooperación

Práctica 31. El intercambio de información entre organismos de inteligencia de un mismo Estado, o con las autoridades de un Estado extranjero, se basa en la legislación nacional que prevé normas bien definidas para esta operación, incluidas las condiciones que deben reunirse, las entidades con las que puede intercambiarse información y las salvaguardias aplicables a esos intercambios.

45. Es de buena práctica que todas las formas de intercambio de información entre los servicios de inteligencia y otras entidades nacionales o extranjeras estén basadas en términos inequívocos en la legislación nacional. La legislación nacional prevé criterios respecto de los fines admisibles del intercambio de información, las entidades con las que puede intercambiarse y las salvaguardias de procedimiento aplicables a estos intercambios¹⁵⁶. Un requisito im-

¹⁵⁴ Romania (footnote 2), art. 13.

¹⁵⁵ Australia (footnote 3), sect. 34G(3)(i)(iii); Lithuania (footnote 9), art. 19(4); Venice Commission (1998), sect. E.

¹⁵⁶ Croatia (footnote 2), arts. 58, 60; Switzerland (footnote 5), art. 17; Netherlands (footnote 20), arts. 37, 41 and 42, 58–63; Albania (footnote 21), art. 19; Canada (footnote 6), arts. 17, 19; Germany (footnote 2), sects. 19, 20, Germany (footnote 99), sect. 9; Germany (footnote 106), sects. 4 (4–6), 7, 7a, 8 (6); Hungary (footnote 77), sects. 40, 44, 45. See also Canada, MacDonald Commission Report, p. 1080.

portante en un estado de derecho es que exista una base legal para el intercambio de información, sobre todo cuando se intercambian datos personales, porque esto incide directamente en el derecho a la intimidad y puede afectar a toda una serie de derechos y libertades fundamentales. Además de garantizar que el intercambio de información se base en la legislación nacional, una buena práctica ampliamente aceptada es plasmar estas operaciones en acuerdos o memorandos escritos entre las partes, que se ajusten a las directrices establecidas por la legislación nacional¹⁵⁷. Estos acuerdos suelen contener normas que regulan el uso de la información intercambiada, una declaración de las partes en las que se comprometen a respetar los derechos humanos y proteger los datos, y una disposición según la cual el servicio que envíe la información puede pedir explicaciones sobre el uso de la información enviada¹⁵⁸. Los acuerdos de intercambio de información contribuyen a establecer normas y expectativas mutuamente convenidas sobre la información intercambiada, y a reducir el margen para realizar intercambios informales de información, que no se prestan fácilmente al examen de las instituciones de supervisión.

Práctica 32. La legislación nacional define el proceso por el que se autorizan los acuerdos en que se basa el intercambio de información y los intercambios ad hoc. Cualquier acuerdo de intercambio de información con entidades extranjeras ha de ser aprobado por el poder ejecutivo, y lo propio cabe decir de los intercambios de información que tengan consecuencias significativas para los derechos humanos.

46. Es de buena práctica que la legislación nacional establezca las directrices para autorizar el envío de información con carácter ad hoc, así como la concertación de acuerdos para el intercambio de información¹⁵⁹. De esta manera se establecen cauces de responsabi-

¹⁵⁷ Canada, Arar Commission, pp. 321–322; Venice Commission (2007), p. 182.

¹⁵⁸ Canada, Arar Commission, p. 339; Germany (footnote 2), sect. 19; Germany (footnote 106), sect. 7a(4); Netherlands (footnote 20), arts. 37, 59; Croatia (footnote 2), art. 60 (3).

¹⁵⁹ Croatia (footnote 2), art. 59(2); United Republic of Tanzania (footnote 61), art. 15 (3) (4); Canada (footnote 6), art. 17.

lidad por el uso compartido de la información y se garantiza que se podrán pedir cuentas a las personas pertinentes por cualquier decisión que adopten al respecto. En muchos Estados, los intercambios de información a nivel interno (dentro de los servicios de inteligencia) se autorizan corrientemente. No obstante, cuando una información intercambiada por los servicios de inteligencia puede utilizarse en actuaciones judiciales, es de buena práctica pedir la autorización del poder ejecutivo; el uso de la información en esas actuaciones puede tener graves consecuencias para los derechos de las personas interesadas, así como para las actividades de los servicios de inteligencia¹⁶⁰. Además, muchas legislaciones nacionales disponen que el intercambio de información o la concertación de acuerdos de intercambio de información con entidades extranjeras han de ser aprobados por el poder ejecutivo¹⁶¹.

Práctica 33. Antes de concertar un acuerdo de intercambio de información, o de proceder a un intercambio ad hoc, los servicios de inteligencia hacen una evaluación de los antecedentes de la otra parte en materia de derechos humanos y protección de los datos, así como de las salvaguardias jurídicas y los controles institucionales que rigen en esa parte. Antes de transmitir la información, los servicios de inteligencia se aseguran de que toda la información enviada es pertinente para el mandato del receptor, se utilizará de conformidad con las condiciones prescritas y no se destinará a fines contrarios a los derechos humanos.

47. Tanto el envío como la recepción de información pueden tener consecuencias importantes para los derechos humanos y las libertades fundamentales. La información enviada a un gobierno o un servicio de inteligencia extranjero no sólo puede contribuir a coartar legalmente los derechos de una persona, sino que también puede servir de base para cometer violaciones de los derechos humanos. Del mismo modo, la inteligencia recibida de una entidad

¹⁶⁰ Netherlands (footnote 20), arts. 38.1 and 61; Canada (footnote 6), art. 17.1 (a).

¹⁶¹ Netherlands (footnote 20), art. 59 (5–6); Croatia (footnote 2), art. 59(2); United Kingdom, Intelligence and Security Committee, p. 54; Canada (footnote 6), art. 17.1 (b); Germany (footnote 106), art. 7a; Germany (footnote 2), sect. 19(1).

extranjera puede haberse obtenido por un procedimiento que vulnere la normativa internacional de los derechos humanos. Así pues, antes de concertar un acuerdo de intercambio de información, o de intercambiar cualquier información, es de buena práctica que los servicios de inteligencia hagan una evaluación general de los antecedentes de la parte extranjera en materia de derechos humanos y protección de los datos personales, así como de las salvaguardias jurídicas e institucionales (como la supervisión) aplicables a esos servicios¹⁶². Antes de intercambiar información sobre personas o grupos específicos, los servicios de inteligencia tratan de determinar los posibles efectos en los interesados¹⁶³. Es de buena práctica mantener la prohibición absoluta de intercambiar cualquier información si existe la creencia bien fundada de que ese intercambio podría hacer que se vulnerasen los derechos de la persona interesada¹⁶⁴. En algunas circunstancias, la responsabilidad por el intercambio de información que contribuye a la comisión de graves violaciones de los derechos humanos puede recaer en el Estado. Además, muchas legislaciones nacionales exigen a los Estados que evalúen la necesidad de intercambiar determinadas informaciones desde el punto de vista de su propio mandato y el de sus interlocutores¹⁶⁵. Una evaluación de la necesidad y la pertinencia de la información para el mandato del receptor permite a los servicios de inteligencia atenerse al principio de minimizar en lo posible el intercambio de datos personales¹⁶⁶. Estas salvaguardias contribuyen a impedir los intercambios excesivos o arbitrarios de información.

¹⁶² Netherlands, Review Committee for the Security and Intelligence Services, review report on the cooperation of the GISS with Foreign intelligence and/or security services, pp. 7-11, 43; Arar Commission pp. 345, 348.

¹⁶³ Croatia (footnote 2), art. 60 (1); Germany (footnote 2), sect. 19; Switzerland (footnote 5), art. 17 (4); Netherlands, Review Committee for the Security and Intelligence Services, review report on the cooperation of the GISS with foreign intelligence and/or security services, p. 24.

¹⁶⁴ Canada, Arar Commission, p. 346-347.

¹⁶⁵ Croatia (footnote 2), art. 60 (1)(3); Germany (footnote 2), sect. 19, Germany (footnote 106), sect. 7 a (1)1; Switzerland (footnote 2), art. 17 (3).

¹⁶⁶ Canada, Arar Commission, pp. 338-339.

48. En vista de las posibles consecuencias de los intercambios de información para los derechos humanos, es de buena práctica que los servicios de inteligencia verifiquen la exactitud y la pertinencia de toda la información facilitada, antes de enviarla a entidades extranjeras¹⁶⁷. Cuando haya dudas acerca de la fiabilidad de la información que se vaya a transmitir, no se procederá al envío o bien la información irá acompañada de una fe de erratas¹⁶⁸. Por último, es de buena práctica que quede constancia escrita de todas las actividades de intercambio de información; esto facilitará su posterior examen por las instituciones de supervisión¹⁶⁹.

Práctica 34. Las instituciones independientes de supervisión pueden examinar los acuerdos de intercambio de información y cualquier información enviada por los servicios de inteligencia a entidades extranjeras.

49. Es de buena práctica que en el mandato de las instituciones de supervisión figure la obligación de examinar los acuerdos en que se basen los intercambios de información, así como cualquier disposición inspirada en esos acuerdos¹⁷⁰. Instituciones independientes de supervisión pueden examinar el marco jurídico y las cuestiones de procedimiento de los acuerdos de intercambio de información para asegurarse de que cumplen las leyes nacionales y las normas pertinentes del derecho internacional. Por regla general, las instituciones de supervisión tienen acceso a toda la información necesaria para cumplir su mandato (véase la práctica 7 *supra*). No obstante, en el contexto de los intercambios de información, la

¹⁶⁷ Netherlands (footnote 20), arts. 41, 59; Canada, Arar Commission pp. 332, 334–336.

¹⁶⁸ Netherlands (footnote 20), art. 41. On this obligation in the context of domestic sharing, see South Africa (footnote 2), sect. 3(3).

¹⁶⁹ Netherlands (footnote 20), art. 42; Germany (footnote 2), sect. 19 (3)(4); Germany (footnote 106), sect. 7 a (3); Croatia (footnote 2), art. 60(3); Netherlands, Review Committee for the Security and Intelligence Services, review report on the cooperation of the GISS with foreign intelligence and/or security services, pp. 22–23.

¹⁷⁰ Canada (footnote 6), art. 17(2); Canada, MacDonald Commission report, p. 1080; Canada, Arar Commission, p. 321; Venice Commission (2007), p. 182.

norma de la tercera parte puede entrañar restricciones al acceso de las instituciones de supervisión a la información procedente de entidades extranjeras. Las instituciones de supervisión se consideran en general terceras partes; por lo tanto, normalmente no tienen acceso a la información intercambiada entre los servicios de inteligencia y las entidades extranjeras. No obstante, estas instituciones tienen derecho a examinar la información enviada a las entidades extranjeras, y lo ejercen en el marco de su mandato de supervisar todos los aspectos de la actividad de los servicios de inteligencia (véase la práctica 7 *supra*). En este contexto, es de buena práctica que la legislación nacional exija explícitamente a los servicios de inteligencia que comuniquen las actividades de intercambio de información a una institución independiente de supervisión¹⁷¹. Esto servirá para verificar la legalidad de las prácticas de intercambio de información, y ofrecerá una importante salvaguardia contra el intercambio de datos personales, que podría tener graves consecuencias para los derechos humanos de los interesados.

Práctica 35. Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente recurrir a la asistencia de servicios de inteligencia extranjeros de cualquier manera que cause el incumplimiento de la norma jurídica nacional y el control institucional de sus propias actividades. Cuando pidan a servicios de inteligencia extranjeros que lleven a cabo actividades en su nombre, los Estados exigirán a estos servicios que observen la misma normativa jurídica que regiría si las actividades las llevaran a cabo sus propios servicios de inteligencia.

50. Las leyes nacionales que regulan las actividades de los servicios de inteligencia prevén salvaguardias jurídicas e institucionales para proteger los derechos humanos y el orden constitucional en el contexto de las actividades de los servicios de inteligencia. En consecuencia, si los Estados o sus servicios de inteligencia pidieran a una entidad extranjera que llevase a cabo actividades en su jurisdicción que ellos mismos no podrían realizar legalmente,

¹⁷¹ Germany (footnote 106), sect. 7a (5–6); Croatia, Act on Personal Data Protection, art. 34.

se produciría una contradicción en el estado de derecho. Sería de buena práctica que la legislación nacional prohibiera en términos taxativos a los servicios de inteligencia colaborar con entidades extranjeras con el fin de eludir las obligaciones jurídicas aplicables a sus propias actividades¹⁷². Además, es importante recordar que los Estados tienen la obligación legal internacional de salvaguardar los derechos de todos los individuos situados bajo su jurisdicción. Esto significa que están obligados a garantizar que los servicios de inteligencia extranjeros no emprendan actividades que violen los derechos humanos en su territorio, y a abstenerse de participar en cualquier actividad de este tipo¹⁷³. Es más, los Estados partes son internacionalmente responsables si ayudan o asisten a otro Estado a violar los derechos humanos de las personas¹⁷⁴. [...]

¹⁷² European Parliament Temporary Committee on the Echelon Interception System, report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications, A5- 0264/2001, pp. 87–88 (hereafter European Parliament, Echelon report); Church Committee report, p. 306.

¹⁷³ Human Rights Committee, general comment No. 31 on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant (CCPR/C/21/Rev1/Add.13), para. 10; European Parliament Echelon report, pp. 87–89.

¹⁷⁴ Human Rights Committee, general comment No. 31; General Assembly resolution 56/83, annex, art. 16; Secretary-General of the Council of Europe, Secretary-General's report under art. 52 of the European Convention on Human Rights on the question of secret detention and transport of detainees suspected of terrorist acts, notably by or at the instigation of foreign agencies, SG/Inf (2006) 5, paras. 23 and 101.

La Seguridad ciudadana y los derechos humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe sobre Seguridad ciudadana y derechos humanos
OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009

[...] IV. LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LOS DERECHOS HUMANOS

35. La inseguridad generada por la criminalidad y la violencia en las Américas constituye un grave problema donde está en juego la vigencia de los derechos humanos. Las políticas sobre seguridad ciudadana deben ser evaluadas desde la perspectiva del respeto y garantía de los derechos humanos. Por un lado las obligaciones negativas de abstención y respeto y, por otro, las obligaciones positivas vinculadas a la adopción de medidas de prevención. Asimismo, la invocación efectiva de los derechos involucran obligaciones positivas y negativas en cuatro niveles: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. La obligación de respetar se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien³².

³² Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, 2005. Disponible en [Http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm](http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm).

36. Una de las dimensiones principales de las obligaciones estatales se vincula al esclarecimiento judicial de conductas, con miras a eliminar la impunidad y lograr su no repetición. Tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han condenado la impunidad de hechos que vulneran derechos fundamentales ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. Sin duda la adecuada y eficaz administración de justicia por parte del Poder Judicial, y en la medida correspondiente por entes disciplinarios, tiene un rol fundamental no sólo en términos de reparación del daño causado a los afectados, sino también en términos de disminución del riesgo y el alcance del fenómeno.

A. Las obligaciones de los Estados conforme a la Convención Americana

37. La Convención Americana protege los derechos a la vida (artículo 4), la integridad personal (artículo 5) y la libertad (artículo 7), entre otros relacionados con la seguridad ciudadana, cuyo contenido será materia de análisis en capítulos posteriores de este informe. Asimismo, el artículo 1 de la Convención Americana establece que

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El alcance de esta disposición ha sido analizado reiteradamente por la Comisión y la Corte a los efectos de determinar el concepto de obligaciones positivas en materia de derechos humanos. La Corte, específicamente, ha establecido jurisprudencia firme en cuanto a que

la protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el ar-

título 1 contempla para los Estados, de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³³.

Por su parte, el alcance del concepto jurídico de obligaciones positivas dentro del Sistema Interamericano se complementa por el Artículo 2 de la Convención Americana, que dispone:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades que

(...) el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que violen las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de dichas garantías. Más aún, esta adopción de medidas se hace necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana en cualquier materia³⁴.

Las obligaciones asumidas internacionalmente por los Estados Miembros deben ser cumplidas de buena fe conforme a lo estable-

³³ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 166; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrafo 175.

³⁴ Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 207; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 104, párrafo 180; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 178; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párrafo 172.

cido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 26, 27 y 31³⁵.

38. Antes de abordar los temas directamente relacionados con las políticas públicas sobre seguridad ciudadana y a fin de comprender el posible alcance de la responsabilidad internacional del Estado respecto de situaciones vinculadas al tema, corresponde explorar los criterios o factores de atribución de responsabilidad esta-

³⁵ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Regla general de interpretación. “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.” La Corte Interamericana ha definido en su jurisprudencia el contenido y el alcance de la regla *pacta sunt servanda* en relación con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados respecto a los derechos humanos. En este punto concreto, el Tribunal expresó que “(...) la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. (...) el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-14/ 94, de 9 de diciembre de 1994, párrafos 50 y 57.

tal establecidos en la Convención Americana, así como su interpretación por la Comisión y la Corte en informes y sentencias sobre casos individuales relevantes. A grandes rasgos, las personas bajo la jurisdicción del Estado pueden ver sus derechos fundamentales comprometidos ya sea por conductas de agentes estatales o por conductas delincuenciales de particulares que en caso de no ser esclarecidas generan responsabilidad estatal por incumplimiento con la obligación de brindar protección judicial. En el caso de personas en situación de especial vulnerabilidad, la responsabilidad estatal también surge frente a la ausencia de medidas de prevención del daño. También se analizará el caso particular de las obligaciones reforzadas bajo la Convención de Belém do Pará.

1. Responsabilidad del Estado por conductas de sus agentes y de terceros

39. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte en todo su alcance. En efecto, dicho artículo impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia³⁶. La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que

³⁶ Corte I.D.H., *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafo 108; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

violen la Convención Americana, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste.

40. También puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que

dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención³⁷.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafos 111 y 112; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrafo 91; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de

2. La obligación de adoptar medidas para prevenir la vulneración de derechos vinculados a la seguridad ciudadana

41. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales³⁸.

42. Al mismo tiempo, los Estados no son responsables por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado

2003, Serie C No. 100, párrafo 111. También en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.

³⁸ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía³⁹.

43. Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁴⁰. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida⁴¹, confor-

³⁹ Ver Corte I.D.H., *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78. Ver también ECHR, *Case of Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, párrafos 62 63; y ECHR, *Case of Osman v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1998, párrafos 115 y 116.

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

me al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁴².

44. Bajo el derecho internacional existe un deber primario del Estado de asegurar el derecho a la vida, a través del establecimiento de disposiciones de derecho penal efectivas para disuadir la comisión de delitos contra las personas, apoyadas por una maquinaria de implementación de la ley para la prevención, supresión y castigo del incumplimiento de esas disposiciones. También se extiende, en ciertas circunstancias, a una obligación positiva de las autoridades de tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlos⁴³. En situaciones de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección a cargo del Estado se ven acentuados en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención.

3. *La obligación de investigar*

45. La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana de-

⁴² Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 120; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

⁴³ European Court of Human Rights, *Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, párrafos 62 y 63; *Osman v. the United Kingdom* Judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998–VIII, párrafos 115 y 116.

riva de la obligación general de garantía establecida en su artículo 1.1 en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado⁴⁴ y las garantías del debido proceso y protección judicial de los artículos 8 y 25. A la luz de ese deber, toda vez que las autoridades estatales tengan conocimiento sobre una conducta que haya afectado los derechos protegidos en la Convención Americana y sea perseguible de oficio, deben iniciar sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y el enjuiciamiento y eventual castigo de los autores. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación⁴⁵. La investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

46. La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación. En el caso de que las conductas en cuestión sean atribuibles a particulares, de no ser investigadas con seriedad, comprometerían la responsabilidad internacional del Estado en ca-

⁴⁴ Corte I.D.H., *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 142; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párrafo 115; y *Caso Perozo y otros Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párrafo 298.

⁴⁵ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafo 219; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 147; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párrafo 63.

rácter de auxiliador⁴⁶. En los casos en los que las conductas en cuestión puedan involucrar la participación de agentes estatales, los Estados tienen una especial obligación de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables⁴⁷. Por último, en los casos que involucran la comisión de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, la Corte ha establecido que resultan inadmisibles las amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables⁴⁸. En el caso de los crímenes de lesa humanidad, la Corte ha establecido que éstos producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁴⁹. En estos casos la adopción de leyes de amnistía con las características

⁴⁶ Corte I.D.H., *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párrafo 291. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 145; y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párrafo 78.

⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 143; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párrafo 144; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 101.

⁴⁸ Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párrafo 41; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrafo 112; y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párrafo 402.

⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrafo 111.

conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana⁵⁰.

4. Las obligaciones reforzadas en materia de violencia contra la mujer conforme a la Convención de Belém do Pará

47. En el caso de delitos que involucran violencia contra la mujer los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada con base en la Convención de Belém do Pará. La Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁵¹ y en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Dado que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará, debe determinarse en el caso particular si los actos de violencia se encuentran influenciados por un contexto de discriminación contra la mujer⁵². En los casos en los que se demuestre que hechos de violencia perpetrados contra una mujer se enmarcan en las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención de Belém do Pará, corresponde determinar si las autoridades han cumplido

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrafo 119.

⁵¹ Artículo 1 de la Convención de Belém do Pará.

⁵² En su sentencia sobre el Caso González y otros, la Corte determinó que los hechos de violencia materia del caso se inscribían en el contexto de los homicidios de mujeres perpetrados en Ciudad Juárez, México, que habían sido abordados en informes emitidos por la Relatoría de los Derechos de la Mujer de la CIDH, el CEDAW, Amnistía Internacional y en reconocimientos del propio Estado involucrado ante organismos internacionales, en el sentido que muchos eran manifestaciones de violencia por causas de género. Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

con su deber de garantía de los derechos afectados (vida, integridad personal, libertad, según corresponda) conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana y al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, que complementa el *corpus juris* internacional en materia de prevención y sanción de la violencia contra la mujer.

48. El deber de los Estados de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando una mujer ve afectado su derecho a la vida, integridad física o su libertad personal, en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres en vista del imperativo de reiterar la condena de la sociedad y mantener la confianza de las mujeres en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia⁵³. En su informe temático sobre “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia” la Comisión indicó que

la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales⁵⁴.

Según ha señalado la Corte Interamericana, en los casos en los que se incumple con la obligación de investigar conductas delictivas que involucran a la violencia contra la mujer, la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada. Esto favorece la perpetuación y la aceptación social del fenómeno, la inseguridad y la desconfianza en la administración de justicia⁵⁵. La Corte también ha señalado que la creación

⁵³ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 293.

⁵⁴ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.

⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 400.

y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. En ese sentido, ha encontrado que en casos que involucran violencia contra la mujer e impunidad, influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer, los Estados son responsables por incumplir con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos violados en perjuicio de las víctimas y sus familiares⁵⁶.

49. En cuanto al deber de prevención, los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado y efectivo marco jurídico de protección, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante factores de riesgo y denuncias de violencia contra la mujer⁵⁷. Por su parte, la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer⁵⁸.

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 402.

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 258.

⁵⁸ Naciones Unidas, *La violencia contra la mujer en la familia: Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999, párrafo 25.*

B. La caracterización de una política pública sobre seguridad ciudadana

50. La construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado. Estos se encuentran constituidos por el marco jurídico emanado de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los pronunciamientos y la jurisprudencia de los organismos de contralor que integran los diferentes sistemas de protección. Los estándares establecen orientaciones generales, determinando mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado. La Comisión reitera que ha recordado a los Estados Miembros en varias oportunidades su obligación de garantizar la seguridad ciudadana y el Estado de Derecho dentro del pleno respeto de los derechos humanos⁵⁹. Es a partir de esta premisa que los Estados Miembros deben definir y llevar adelante las medidas necesarias para garantizar los derechos más vulnerables frente a contextos críticos de altos niveles de violencia y criminalidad, desde que la Comisión ya ha mencionado que “(...) la violencia y la delincuencia afectan gravemente la vigencia del Estado de Derecho (...)”⁶⁰.

51. El diseño, implementación y evaluación de las políticas sobre seguridad ciudadana en la región tienen que estar definidos además por el encuadre que proporcionan los principios internacionales de derechos humanos, especialmente, los principios de participación, rendición de cuentas, y no-discriminación. Según las definiciones más aceptadas en el plano internacional: (1) el principio de participación implica que “toda persona y todos los pueblos tienen derecho a participar activa, libre y significativamente en el desarrollo, como así también a contribuir y disfrutar del desarrollo civil, económico, social, y político, donde pueden ser realizados los derechos humanos y libertades fundamentales”; (2) el principio

⁵⁹ CIDH, Comunicado de Prensa 18/06 del 17 de mayo de 2006; Comunicado de Prensa 39/06 del 31 de octubre de 2006; y Comunicado de Prensa 36/07, del 20 de julio de 2007.

⁶⁰ CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo IV, párrafo 33.

de rendición de cuentas o de “responsabilidad e imperio de la ley” establece que “los Estados deben responder por el cumplimiento de los derechos humanos. En este sentido tienen que cumplir con las normas legales y estándares contenidos en los instrumentos de derechos humanos. En caso de no cumplir con sus deberes, los titulares de derechos agraviados están facultados para iniciar procesos judiciales para la reparación apropiada de daños ante un tribunal o juzgado competente según las reglas y procedimientos legales”; y (3) el principio de no discriminación alude a que “todos los individuos son iguales como seres humanos en virtud de la dignidad inherente de toda persona. Todos los seres humanos tienen derechos sin discriminación de ninguna clase en base a la raza, color, sexo, etnia, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, propiedad, nacimiento u otra condición, según ha sido explicado por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos”⁶¹.

52. A juicio de la Comisión, de los aspectos desarrollados en los párrafos anteriores se deriva que la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiendo por ésta los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad⁶². Una política pública es, por tanto, un instrumento de planificación, que permite la racionalización de los recursos disponibles, en un marco de permanente participación de los actores sociales involucrados. Según las definiciones más aceptadas, las políticas públicas se caracterizan por ser: (1) integrales (por abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto); (2) intersectoriales (por

⁶¹ “Un enfoque de cooperación basado en los derechos humanos. Hacia un entendimiento común entre las Agencias de las Naciones Unidas” disponible en [Http://www.undg.org/archive_docs/3069-Common_understanding_of_a_rights-based_approach-2.doc](http://www.undg.org/archive_docs/3069-Common_understanding_of_a_rights-based_approach-2.doc).

⁶² Garretón, Roberto, “La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas” en *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, páginas 27 a 48.

comprometer acciones, planes y presupuestos de diferentes actores estatales); (3) participativas (por la intervención permanente de la población involucrada y por favorecer la democratización de la sociedad); (4) universales (por su cobertura sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo); y (5) intergubernamentales (por comprometer entidades de los gobiernos centrales y locales)⁶³.

53. Por otra parte, necesariamente las políticas públicas deben ser sustentables, debido a que, por su naturaleza, requieren tiempos de ejecución en el mediano y largo plazo. Esta característica significa que la implementación de una política pública no puede medirse de acuerdo a la duración de un período de gobierno. En consecuencia, cualquier clase de política pública sobre seguridad ciudadana requiere, para ser verdaderamente eficaz, sostenerse en fuertes consensos políticos y amplios acuerdos sociales, aspecto que es también central para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en la región. La construcción de una política sustentable sobre seguridad ciudadana enfrenta obstáculos a partir de la manipulación de la inseguridad subjetiva con objetivos exclusivamente político-partidarios, escenario que se advierte claramente en algunos países de la región durante los períodos electorales. Esto no significa que pueda existir algún tema vedado para el amplio debate público. Por el contrario, el intercambio de ideas, las presentaciones de propuestas alternativas para solucionar los grandes temas que concitan la preocupación de las personas que viven en una sociedad, y la demanda ciudadana orientada a la rendición de cuentas de las autoridades públicas, son elementos constitutivos de una sociedad democrática. Sin embargo, la Comisión anota que en el hemisferio, en los últimos años, y a partir de la alta sensibilidad de la población frente al impacto de los actos de violencia o el crecimiento de determinados delitos, puede verificarse un manejo del tema de la inseguridad ciudadana se relaciona más con el desarrollo de debates electorales con interés en el corto plazo, que en el objetivo de informar adecuadamente a la sociedad y de convocar a

⁶³ Jiménez Benítez, William “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas” disponible en [Http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf).

las instituciones públicas, las organizaciones sociales, medios masivos de comunicación y a la comunidad en general, a reflexionar sobre los factores que inciden sobre esta problemática, y sobre las medidas realmente eficaces para mejorar las condiciones de vida de la población frente a la amenaza de la violencia y el delito.

54. Este concepto de política pública no puede comprenderse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos. Las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales, a los efectos que los Estados Miembros puedan cumplir cabalmente sus obligaciones internacionales de protección y garantía. En este sentido, la referencia al enfoque de derechos en las políticas públicas debe ser entendido en dos dimensiones, diferentes pero complementarias: por una parte, los estándares y principios de derechos humanos aportan una guía u hoja de ruta para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas; y, por otra parte, y a la vez, los Estados deben desarrollar políticas públicas que tengan como objetivo la realización de estos derechos⁶⁴.

55. Los Estados miembros deben diseñar e implementar políticas públicas con enfoque de derechos humanos como instrumento para cumplir rigurosamente con las obligaciones, de tipo negativo y de tipo positivo, asumidas, en especial, en el marco del Sistema Interamericano respecto a los derechos comprometidos con la seguridad ciudadana. Al respecto, la Comisión ya ha manifestado anteriormente que “considera que existe una impostergable necesidad de que los Estados reflexionen sobre el tema y adopten me-

⁶⁴ “De otro lado, los estudios sobre el enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas llegan a las siguientes conclusiones: Los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas. Los derechos humanos son el objeto mismo de las políticas públicas en la medida en que éstas se dirigen a la concreción, protección o defensa de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración derechos humanos”. Jiménez Benítez, William “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas” disponible en [Http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf).

didias y políticas públicas eficaces que garanticen la seguridad de la población y el respeto a los derechos humanos⁶⁵. En definitiva, y a partir de los desarrollos precedentes, para la Comisión, una política pública sobre seguridad ciudadana con enfoque de derechos humanos es aquella que incorpora el desarrollo de acciones simultáneas en tres áreas estratégicas: el área institucional, el área normativa y el área preventiva⁶⁶. De esta forma se da satisfacción a dos de los requisitos esenciales de una política pública, como son la integralidad y la multilateralidad.

56. El área institucional tiene que ver con la capacidad operativa del aparato estatal para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Respecto a la política pública de seguridad ciudadana, los aspectos operativo–institucionales se relacionan, fundamentalmente, con los recursos humanos y materiales asignados al poder judicial; el ministerio público; la defensa pública; las fuerzas policiales y el sistema penitenciario. En este sentido, los Estados Miembros deben construir indicadores confiables que permitan evaluar, en forma permanente, entre otros aspectos: (1) los recursos humanos, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo; (2) los mecanismos de selección, formación, especialización y carrera profesional de los agentes estatales que integran las instituciones mencionadas; (3) las condiciones de trabajo y remuneración de estos funcionarios; y (4) el equipamiento; medios de transporte y comunicaciones disponible para el cumplimiento de las funciones asignadas. Específicamente respecto al sistema penitenciario y las fuerzas policiales, la Comisión destaca especialmente el pronunciamiento de las más altas autoridades de los Estados Miembros con competencia en materia de seguridad ciudadana, en relación con

⁶⁵ CIDH, Comunicado de Prensa 16/07 “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos urge a los Estados a reflexionar sobre la importancia de la seguridad ciudadana y el respeto a los derechos humanos”. Washington DC, 15 de marzo de 2007.

⁶⁶ Ver Faroppa Fontana, Juan “La gestión de la seguridad ciudadana con enfoque de derechos humanos”, en *Derechos Humanos en el Uruguay, Informe 2007*, Ed. Servicio Paz y Justicia, Montevideo, 2007, páginas 58–60.

(...) fortalecer y, cuando corresponda, establecer políticas y programas para la modernización de los sistemas penitenciarios de los Estados Miembros y para el diseño de modelos sustentables de reinserción social, con especial atención a los jóvenes; (...) promover la modernización de la gestión policial, incorporando en la misma la transparencia y la rendición de cuentas, fortalecer la profesionalización de los cuerpos de seguridad y mejorar las condiciones de vida y de trabajo de quienes lo integran (...)⁶⁷.

57. El área normativa de la política pública de seguridad ciudadana se refiere a la adecuación del marco jurídico, tanto a las necesidades para la prevención o represión del delito y la violencia, como para el desarrollo del procedimiento penal o la gestión penitenciaria. En esta dirección, la legislación interna debe articular equilibradamente las potestades de las instituciones estatales (sistema judicial, policial y penitenciario) con las garantías de los derechos humanos. Las normas que tienen que ver con la política de seguridad ciudadana establecen, en la generalidad de los casos, limitaciones o restricciones al ejercicio de algunos derechos humanos. Por lo tanto, en cualquier circunstancia, el respeto al principio de legalidad establece que estas normas deben tener jerarquía de ley, tanto en el sentido material, como en el sentido formal. En esta dirección se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el artículo 30 de la Convención Americana⁶⁸.

⁶⁷ “Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas” aprobado en la Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas, México DF, México, 7 y 8 de octubre de 2008, OEA/Ser.K/XLIX. 1. MISPA/doc. 7/08 rev. 3, párrafos 6 y 9.

⁶⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6. “(...) las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (...) la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos deben interpretarse armónicamente, lo que implica, por una parte, la ponderación entre derechos de igual jerarquía que muchas veces entran en conflicto; y por otra parte, la necesidad de que el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros pueda establecer que el ejercicio de determinados derechos humanos puede ser regulado, y, por ende, ser objeto de alguna forma de restricción o limitación⁶⁹. La Comisión reitera que los principios de legalidad, respeto del Estado de Derecho, dignidad de la persona humana, excepcionalidad e igualdad y no discriminación, establecen los límites para cualquier forma de restricción o limitación en el ejercicio de los derechos humanos, específicamente en cuanto a las acciones que implementen los Estados miembros de la OEA para enfrentar los problemas generados por la delincuencia y la violencia⁷⁰. A la vez, se destaca muy especialmente que otros derechos, consagrados en el Sistema Interamericano, nunca pueden ser objeto de suspensión⁷¹.

⁶⁹ Esta posibilidad ya estaba presente en una de las primeras declaraciones históricas de derechos humanos, la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 que en su artículo 4 establece que la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a otra persona, y que el ejercicio de los derechos naturales de cada individuo tiene sus límites en el goce de los derechos de los demás.

⁷⁰ “Toda limitación o restricción lícitas a favor de toda la comunidad y, por consiguiente, la protección del interés público, debería estar por encima del interés individual; la medida del interés público debería determinar el alcance de la restricción de la libertad, de forma que la legalidad de la restricción estuviera limitada por la importancia del interés de la comunidad. Las limitaciones o restricciones sobre la base de promover el “bienestar general en una sociedad democrática” se encuentran contempladas en el artículo 29, párrafo 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la de proteger el “interés público” en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica-Irene A. Daes, “La libertad del individuo ante la ley: análisis del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Serie Estudios, No. 3, Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1990, página 138.

⁷¹ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Serv.L/V/II.116.Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párrafos 50 a 57.

58. En el área preventiva se incluyen responsabilidades que exceden las competencias asignadas a la administración de justicia y la policía. En este caso, y siguiendo la definición de política pública adoptada, se incorporan aquí las acciones no punitivas que deben implementar otras agencias estatales (del gobierno central y de los gobiernos locales) en cooperación con organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada y los medios de comunicación⁷². Se trata de medidas de prevención social, comunitaria y situacional, que tienen como objetivo intervenir sobre los factores posibilitadores o factores de riesgo sociales, culturales, económicos, ambientales o urbanísticos, entre otros, que inciden negativamente sobre los niveles de violencia y criminalidad⁷³. Los responsables de diseñar la política pública de seguridad ciudadana deben tener en cuenta, inclusive, los resultados en función de la ecuación costo–beneficio de las medidas de prevención frente a las medidas de represión de la violencia y el delito⁷⁴.

59. La Comisión reitera que una política pública de seguridad ciudadana debe ocuparse de las diferentes dimensiones de los problemas que originan la criminalidad y la violencia, y por tanto, es necesario que sus intervenciones conduzcan a su abordaje integral. Sin perjuicio de ello, y atendiendo a la experiencia de los planes y programas implementados en la región en los últimos años, las acciones que los Estados Miembros de la OEA lleven adelante para

⁷² Naciones Unidas, “Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia, frente a los retos del Siglo XXI.” 10mo. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, A/Conf.187/4/Rev.3., 15 de abril de 2000.

⁷³ El concepto de prevención del delito ha adquirido un significado más limitado, y se refiere solamente a medidas no punitivas. En consecuencia, por prevención del delito se entiende actualmente toda medida dirigida a atacar los factores causales del delito, incluidas las oportunidades para cometer delitos. Naciones Unidas, Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito E/CN.15/1993/3, párrafos 4 y 5.

⁷⁴ “Se estima que por cada dólar invertido en la prevención de la violencia se ahorrarían hasta seis dólares en gastos de control, represión y atención a las consecuencias de los delitos”. Buvinic, Mayra, “Un balance de la violencia en América Latina: los costos y las acciones para la prevención” en *Pensamiento Iberoamericano, Nueva Época, No. 0*, Ed. Fundación Carolina, Madrid, 2007, página 47.

enfrentar la violencia y la criminalidad, deben otorgarle una especial centralidad a las medidas de prevención. Estas medidas de prevención deben abarcar un amplio espectro, que atienda a algunos cambios culturales en la región como elemento que favorece la reproducción de la violencia, así como la incidencia de la exclusión y la marginación, que han dañado seriamente el tejido social en las últimas décadas. En esa línea se han pronunciado las autoridades del hemisferio a cargo de la seguridad ciudadana, en el momento de señalar la necesidad de que se adopten medidas con el objetivo de

(...) promover políticas públicas de estado, en coordinación con las instituciones relevantes destinadas a la prevención de la delincuencia, la violencia y la inseguridad (...) promover los programas educativos, especialmente en las escuelas, así como ampliar la conscientización de los diferentes actores de la sociedad en temas de prevención de la delincuencia, la violencia y la inseguridad⁷⁵.

60. Las experiencias de prevención más exitosas en el hemisferio han tenido como objetivo central enfrentar los factores que posibilitan la reproducción de la violencia en el espacio local. En ese sentido, se ha trabajado en medidas para reducir el consumo de alcohol y limitar y regularizar el porte de armas por particulares. Asimismo, se destacan los esfuerzos para el rediseño urbano, la generación y mantenimiento de espacios públicos amigables y los sistemas de transporte. También debe hacerse expresa mención a la creación de bolsas de trabajo en las zonas de mayor violencia de las ciudades. En el plano institucional, los programas exitosos apostaron a la profesionalización de la policía y la implementación de programas para mejorar la relación entre la policía y las

⁷⁵ “Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas” Aprobado en la Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas, México DF, México, 7 y 8 de octubre de 2008, OEA/Ser.K/XLIX. 1. MISPA/doc. 7/08 rev. 3, párrafos 7 y 8. En el marco de la segunda reunión, los Estados reafirmaron la importancia de continuar adoptando activamente políticas, programas y acciones en materia de prevención, para luchar contra la delincuencia, la violencia y la inseguridad, protegiendo los jóvenes en situación de riesgo y grupos en condiciones de vulnerabilidad. Ver MISPA II doc. 8/09 rev. 2, 5 noviembre 2009.

comunidades locales. Asimismo, se destacan experiencias que han tenido efectos positivos a partir de una gestión de la seguridad basada en una adecuada información sobre la realidad objetiva y subjetiva de la violencia y la delincuencia, incorporando sistemas de construcción de indicadores, recolección de datos, y trabajo a partir de mapas georeferenciados para un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales de las instituciones del sistema de seguridad ciudadana. En el mismo sentido, deben citarse los programas dirigidos a trabajar sobre los factores posibilitadores de la violencia y el delito en espacios concretos, como es el caso de los que impulsan técnicas de resolución no violenta de conflictos en los centros educativos; programas de desarrollo infantil temprano y de apoyo para las familias con niños, niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones de mayor vulnerabilidad ante el delito o la violencia. Por su parte, desde el punto de vista de la prevención terciaria, debe hacerse expresa mención al trabajo con personas jóvenes que ya han cometido delitos, mediante programas de penas alternativas a la prisión, que hagan efectiva la responsabilidad del victimario, en dirección de la debida compensación, mediante la reparación a la víctima o el trabajo comunitario, de los daños generados por su comportamiento ilícito⁷⁶.

61. Las obligaciones positivas asumidas por los Estados implican que éstos deben generar las condiciones para que la política pública sobre seguridad ciudadana contemple prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente, que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito. En este sentido, la Comisión señala su preocupación por las debilidades verificadas históricamente en la región respecto a la creación de una institucionalidad que permita una adecuada gestión estatal en esta materia. Estas dificultades se verifican, es-

⁷⁶ Ver Dammert, Lucía, *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, Ed. FLACSO, Ecuador, 2007, páginas 25–44. Ver también sobre este tema el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños. Naciones Unidas, Asamblea General, A/61/29, 20 de agosto de 2006, disponible en <http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/>.

pecialmente, en las siguientes áreas temáticas: (1) la atención a las víctimas de la violencia y el delito; (2) la privatización de los servicios de seguridad; (3) la gobernabilidad de la seguridad ciudadana; (4) la profesionalización y modernización de las fuerzas policiales; y (5) la intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad ciudadana.

1. La atención a las víctimas de la violencia y el delito

62. La “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” de Naciones Unidas” define como “víctima de la violencia y el delito” a

todas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

En los términos de la misma Declaración, podrá considerarse “víctima” a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización⁷⁷.

63. La Comisión se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre las obligaciones de los Estados Miembros respecto a las víctimas de la violencia y el delito, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana que establece la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento, la cual comprende el deber de organizar el aparato gubernamental de manera tal que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

⁷⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

Como consecuencia de esta obligación, los Estados partes tienen el deber jurídico de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos protegidos en la Convención Americana. La Comisión ha establecido en el contexto de casos individuales que los hechos ilícitos violatorios de los derechos humanos aunque inicialmente no resulten directamente imputables a agentes del Estado, pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para esclarecerla en los términos requeridos por la Convención⁷⁸.

64. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que el deber de garantía se ve vulnerado toda vez que el aparato del Estado actúa de modo que no se restablezca a la víctima en la plenitud de sus derechos y que la impunidad deja a las víctimas y a sus familiares en estado de total indefensión⁷⁹. La Corte ha establecido que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁸⁰.

65. En la misma dirección, la Comisión, citando a la Corte, se ha pronunciado respecto al deber de los Estados de evitar y combatir la impunidad, definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁸¹.

66. En consecuencia, y a partir de lo sostenido en los párrafos anteriores, los Estados Miembros son responsables ante la ciudada-

⁷⁸ CIDH, Informe No. 42/00, Caso 11.103, *Pedro Peredo Valderrama* (México), 13 de abril de 2000.

⁷⁹ Corte I.D.H., *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párrafo 173.

⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C No. 4, párrafo 166.

⁸¹ CIDH, *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, OEA/Ser/L/V/II.125– Doc. 15, 2006, párrafo 50.

nía por la implementación de planes y programas eficaces para la prevención del delito y la violencia, a partir de una estrategia que involucre diferentes campos de la institucionalidad estatal: desde el sistema de control judicial–policial, hasta las medidas de prevención social, comunitaria o situacional que deben ejecutar las entidades del sector educación, salud o trabajo, entre otros, comprometiendo, además, a los gobiernos nacionales y locales. Cuando, a pesar de esta actividad preventiva, se producen víctimas de delitos o hechos violentos, al Estado tiene la obligación de brindar a éstas la debida atención, conforme a los estándares internacionales. En especial, el Estado debe contar con una institucionalidad adecuada para aplicar protocolos de intervención eficaces, en los términos establecidos por la ya mencionada “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” de Naciones Unidas, que establece orientaciones precisas respecto al acceso a la justicia y el trato digno y respetuoso; resarcimiento a cargo del victimario; indemnización supletoria por parte del Estado; y asistencia material, médica, psicológica y social para las víctimas del delito o la violencia. En forma complementaria, los Estados Miembros deben tener presente, en lo que sea procedente a esta materia, lo establecido en los “Principios Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”, también aprobados en el ámbito de Naciones Unidas⁸².

67. Los Estados Miembros deben dar adecuado cumplimiento a sus obligaciones positivas respecto a los derechos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, transformando el contenido de estas orientaciones en un marco normativo institucional, a la vez que disponiendo las asignaciones presupuestales indispensables, para hacer viables las respuestas operativas a las víctimas de la violencia y el delito. Entre otros aspectos, el marco normativo y

⁸² Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

las prácticas institucionales deben tener en cuenta las necesidades de capacitación del personal policial, judicial, de salud y de los servicios sociales oficiales; la existencia de protocolos de intervención comunes a todas las áreas del Estado involucradas; y el funcionamiento de una infraestructura apropiada. Del mismo modo, la Comisión recuerda que “la participación de las víctimas en las distintas etapas procesales constituye garantía del derecho a la verdad y la justicia, forma parte de la compleja estructura de pesos y contra pesos del proceso penal y favorece la fiscalización ciudadana de los actos del Estado”⁸³.

68. La Comisión ha establecido que cuando se genera un daño a personas identificadas como miembros de grupos vulnerables y se verifica un patrón general de negligencia y falta de efectividad para procesar y condenar a los agresores, el Estado no sólo incumple con su obligación de esclarecer un crimen, sino también su obligación de prevenir prácticas degradantes. La Comisión ha manifestado que

Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia [...], al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos⁸⁴.

La Comisión ha establecido que a fin de garantizar el derecho a la no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción positiva y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho. En un caso sobre patrones de discriminación y violencia policial contra jóvenes pertenecientes a un grupo social especialmente vulnerable por su condición racial y social, la Comisión estableció que la situación de la víctima ameritaba la adopción de medidas positivas en su favor, incluyendo el trato

⁸³ CIDH, *Pronunciamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, párrafo 35.

⁸⁴ CIDH Informe No. 25/09, Caso 12.310, *Sebastião Camargo Filho* (Brasil), párrafo 81. Ver también CIDH, Informe No. 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párrafo 56.

igualitario ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana) y el respeto a la presunción de inocencia (artículo 8 de la Convención Americana).⁸⁵ La Comisión indicó que en ese tipo de casos

la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, *de iure* o *de facto*, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad internacional del Estado (..) Si bien las leyes (..) no presentan discriminación y se garantiza *prima facie* una aparente igualdad, en la realidad de los hechos la situación es otra, pues los estudios disponibles indican el sesgo seguido por la policía del estado, consistente en el empleo de una violencia innecesaria para con las personas sometidas a sus procedimientos, especialmente sobre aquellos individuos con caracteres inherentes a la raza negra, residentes en las *favelas* o zonas marginales. Este proceder en muchos casos lleva a la muerte del afectado. Es por ello que la simple promulgación de leyes sin efecto práctico alguno no garantiza el pleno goce y ejercicio de derechos.⁸⁶

No basta con que haya formalmente disposiciones legales que garanticen la igualdad, sino que éstas deben ser efectivas, es decir, deben dar resultados o respuestas necesarias para la protección de los derechos contemplados en la Convención Americana.

69. En términos de la reparación del daño, sin perjuicio de la universalidad de los servicios que debe prestar el Estado, éste debe garantizar el funcionamiento de sistemas adecuados de atención a las víctimas de la violencia o el delito cuando se trata de mujeres; niños, niñas o adolescentes; adultos mayores; población indígena o afrodescendiente⁸⁷. La Comisión ha señalado en anteriores oport-

⁸⁵ Ver CIDH Informe No. 26/09, Caso 12.440, *Wallace de Almeida* (Brasil), párrafo 146.

⁸⁶ Ver CIDH Informe No. 26/09, Caso 12.440, *Wallace de Almeida* (Brasil), párrafos 147 y 148.

⁸⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17/02, sobre "Condición jurídica y derechos del niño" del 28 de agosto de 2002, párrafo 137. En este pronunciamiento sobre la atención de los niños, niñas y adolescentes, la Corte ha señalado que "el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas". Asimismo, la Corte ha establecido que "No habrá, pues, discrimi-

tunidades que los Estados Miembros deben disponer de personal especializado en todas las instituciones del sistema de seguridad ciudadana, que esté en condiciones de brindar un servicio de calidad al conjunto de la población, haciendo efectivo, de esta forma, el principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana⁸⁸.

2. La privatización de la seguridad ciudadana

70. Es un hecho evidente que, en los últimos veinticinco años, las empresas privadas que ofrecen servicios de seguridad se han reproducido de manera constante en las Américas. En muchos casos, el número de empleados de estas empresas privadas superan con creces las plazas que los Estados Miembros asignan a sus fuerzas policiales. Estudios recientes ponen en evidencia el crecimiento que la oferta privada de seguridad está teniendo a nivel mundial. En este sentido, estas investigaciones señalan que, en el período anterior a la actual crisis económica internacional, los emprendimientos privados comerciales o industriales relacionados con la seguridad en los principales mercados del mundo mostraron un extraordinario crecimiento, que llegó entre los años 2001 y 2005 a

nación si una distinción de tratamiento esté orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". Corte I.D.H., "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización" Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrafo 57.

⁸⁸ CIDH, Comunicado de Prensa 20/04 de 18 de setiembre de 2004 "La Relatora Especial de la CIDH evalúa el derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de violencia y discriminación". CIDH *Justicia e inclusión social: los desafíos de la justicia en Guatemala*, 2003, Capítulo III "La seguridad ciudadana", párrafo 112. Ver también CIDH, Informe No. 1/98, Caso 11.543, *Rolando Hernández Hernández* (México), 5 de mayo de 1998, párrafo 37.

tasas que oscilaron entre el 8 y el 9 %, lo que implica un incremento dos veces más rápido que el conjunto de la economía mundial, siendo superadas solamente por el crecimiento de la industria del automóvil en ese período⁸⁹. En América Latina, el crecimiento del mercado de bienes y servicios de seguridad privada en los últimos quince años se estima en un 11 %⁹⁰.

71. La Comisión se ha manifestado también oportunamente sobre algunos problemas relacionados a la creciente intervención de las empresas privadas en la prestación de servicios de seguridad. En este sentido, ha subrayado que “la falta de registro legal de las policías privadas favorece la inexistencia de control estatal de las actividades llevadas adelante por las mismas, en ocasiones delictivas, y facilita la comisión de abusos”. En este mismo sentido, la Comisión señaló la ausencia de procedimientos de control sobre las empresas privadas de seguridad, a la vez que expresó su preocupación por las denuncias presentadas acerca de casos de violaciones a los derechos individuales cometidos por sus empleados⁹¹.

72. Los Estados Miembros, en cumplimiento a su deber de garantía de los derechos humanos comprometidos en las políticas de seguridad ciudadana, deben asumir las funciones de prevención,

⁸⁹ Curbet, Jaume “La prevención de la inseguridad ciudadana”, en *II Foro Iberoamericano sobre seguridad ciudadana, violencia y políticas públicas en el ámbito local*, Barcelona, 2008, disponible en [Http://www.segib.org](http://www.segib.org).

⁹⁰ Carrión M., Fernando, citando a Frigo, Edgardo, en “Seguridad privada: ¿ha mejorado la seguridad ciudadana?” *Revista Ciudad Segura*, No. 19, 2007, FLA-CSO, Ecuador.

⁹¹ CIDH *Justicia e inclusión social: los desafíos de la justicia en Guatemala*, 2003, párrafo 110. Ver también la Resolución 10/11 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (42da. Sesión, 26 de marzo de 2009), sobre el “Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”. En esta Resolución, el Consejo de Derechos Humanos insta al Grupo de Trabajo a realizar consultas sobre el contenido y el alcance de un posible proyecto de convención sobre las empresas privadas que ofrecen servicios de asistencia y asesoramiento militares y servicios militares relacionados con la seguridad, y una legislación modelo conexas y otros instrumentos jurídicos. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/racism/.../HRCRes10_31_sp.doc.

disuasión y represión del delito y la violencia, por ser los depositarios del monopolio de la fuerza legítima. La privatización de la funciones de seguridad ciudadana tiene como consecuencia que ésta se desvincule de la noción de derechos humanos, cuya defensa, protección y garantía competen al Estado, para transformarse en un mero producto que puede adquirirse en el mercado, y, en la generalidad de los casos, exclusivamente por aquellos sectores de la sociedad que cuentan con los recursos económicos para hacerlo.

73. En los países donde el funcionamiento de empresas privadas de seguridad esté autorizado de acuerdo a las normas que rigen la actividad económica, la presencia en el mercado de este tipo de emprendimientos debe ser debidamente regulada por las autoridades públicas. En especial, debe señalarse la necesidad de que el ordenamiento jurídico interno regule las funciones que pueden cumplir las empresas privadas de seguridad; el tipo de armamento y medios materiales que están autorizadas a utilizar; los mecanismos adecuados para el control de sus actividades; la implementación de un registro público; a la vez que definir un sistema para que estos emprendimientos privados informen regularmente sobre los contratos que ejecutan, especificando puntualmente el tipo de actividades que desempeñan. Del mismo modo, las autoridades públicas deben exigir el cumplimiento de los requisitos de selección y capacitación de las personas contratadas por las empresas de seguridad privada, regulando con detalle cuáles son las instituciones públicas que están en condiciones de extender certificados de habilitación para sus empleados⁹². En todo caso, y de acuerdo a la definición adoptada por la Comisión en este informe, las empresas privadas solamente brindan servicios de seguridad o custodia de bienes y valores, y no son un complemento o un sucedáneo a las obligaciones de los Estados Miembros en materia de seguridad ciudadana, ya que la garantía de los derechos humanos vinculados a esta última es una responsabilidad estatal indelegable.

⁹² Primera Consulta Regional para América Latina y el Caribe sobre los efectos de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada en el disfrute de los derechos humanos: regulación y supervisión (17 a 18 de diciembre de 2007). Naciones Unidas. Asamblea General. A/HRC/7/7/Add.5, 5 de marzo de 2008.

3. La gobernabilidad democrática de la seguridad ciudadana

74. La Comisión entiende por gobernabilidad democrática de la seguridad ciudadana la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito⁹³. En la región, históricamente estas responsabilidades fueron delegadas, en muchos casos informalmente, por el sistema político a las fuerzas de seguridad. Como consecuencia de esto, las decisiones sobre la seguridad de las personas y sus bienes respondieron primordialmente a los intereses de esas fuerzas, siendo asumidas con total autonomía del resto de las políticas públicas, y sin ningún tipo de control por parte de la ciudadanía. Entre otros efectos negativos, la situación mencionada favoreció, en muchos casos, los abusos y las desviaciones de poder por parte de las fuerzas de seguridad⁹⁴. Esta debilidad institucional y el desgobierno político civil de la seguridad ciudadana, constituyen un evidente incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación a sus deberes respecto a los derechos humanos comprometidos en la política pública de seguridad ciudadana⁹⁵.

⁹³ Álvarez, Alejandro, "El estado de la seguridad en América Latina: una aproximación a la evaluación situacional e institucional de la seguridad ciudadana en la región", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – SURE LAC, 2006. Disponible en http://www.lac.workspace.undp.org.co/fileadmin/Seguridad_Ciudadana/La_seguridad_en_America_Latina_-_PNUD.pdf.

⁹⁴ Saín, Marcelo Fabián, "Seguridad, delito y crimen organizado. Los desafíos de la modernización del sistema de seguridad policial en la región sudamericana" en *El desarrollo local en América Latina. Logros y desafíos para la cooperación europea*, Rhi-Sausi, José Luis (editor), RECAL / CESPI / Nueva Sociedad, Caracas, 2004, páginas 135 a 148.

⁹⁵ "Otra función básica del gobierno es la de garantizar que el Estado haga frente a las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional de promover y proteger los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. La policía es también uno de los medios que permite a los gobiernos desempeñar esa misión (...) Las obligaciones jurídicas internacionales se reflejan en obligaciones jurídicas nacionales a través de las disposiciones constitucionales y jurídicas de los Estados. De esa manera, los derechos humanos están protegidos por la legislación del país. No obstante, la protección eficaz de los derechos humanos está implícita en la cuasi totalidad de actividades del gobierno, y, entre ellas,

75. Las dificultades respecto a la gobernabilidad de la seguridad ciudadana se pusieron especialmente en evidencia cuando muchos países del hemisferio comenzaron la recuperación de sus sistemas democráticos en los últimos cinco lustros, después de varios años de guerras civiles, gobiernos autoritarios o dictaduras militares. Sin desconocer los déficits institucionales tradicionales de la región, la ausencia del Estado de Derecho durante esos períodos potenció el problema. La Comisión ya se ha manifestado respecto a las consecuencias de la debilidad de la institucionalidad democrática respecto a la vigencia de los derechos humanos. En ese plano, sostuvo oportunamente que

el sistema democrático y la vigencia del estado de derecho son cruciales para la efectiva protección de los derechos humanos. El estado de derecho a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos implica el buen funcionamiento del Estado, y el cumplimiento efectivo y equitativo de sus responsabilidades en materia de justicia, seguridad, educación o salud. En definitiva, el estado de derecho implica pleno respeto y ejercicio efectivo de los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales de los habitantes de los Estados garantizando que se acceda a mejores y mayores formas de protección de los valores de la dignidad humana⁹⁶.

76. A los efectos de no dañar el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y favorecer el ejercicio del control de la ciudadanía sobre el sistema político es imprescindible que las autoridades gubernamentales legítimamente electas asuman en su totalidad la responsabilidad de diseñar e implementar la política pública de seguridad ciudadana. Para ello, en la estructura del gobierno, los ministerios o secretarías de Estado con responsabilidad

la de legislar, asignar recursos, formular políticas y diseñar prácticas, y crear estructuras y sistemas a todos los niveles de la maquinaria de gobierno, así como en el marco de organizaciones y organismos auxiliares a éste⁷. Derechos Humanos y aplicación de la ley: Manual de capacitación en derechos humanos para la policía. Alto Comisionado para los Derechos Humanos/Centro de Derechos Humanos. Serie de capacitación profesional No. 5, Nueva York y Ginebra, 1997, párrafos 879 y 881.

⁹⁶ CIDH, *Informe Anual 2006*, Capítulo IV, párrafo 208.

sobre el sector seguridad ciudadana deben contar con funcionarios técnico-políticos capacitados en las diferentes profesiones relacionadas con la seguridad ciudadana, para definir y tomar decisiones en las áreas definidas de esta política pública. Al mismo tiempo, los parlamentos también deben contar con una estructura de asesoramiento profesional que le permita realizar un eficaz control político sobre las medidas que se implementen para prevenir y controlar la violencia y el delito. Complementariamente, los Estados Miembros deben habilitar y facilitar el funcionamiento de mecanismos de participación de la sociedad civil que hagan efectivas las acciones de control democrático, favoreciendo la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los responsables de las instituciones a cargo de la política pública de seguridad ciudadana.

4. La profesionalización y modernización de las fuerzas policiales

77. La Comisión se ha referido en reiteradas ocasiones a la misión insustituible de las fuerzas policiales para el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Al respecto, ha manifestado que “la Policía constituye una institución fundamental para la vigencia del Estado de derecho y para garantizar la seguridad de la población. Dada su cobertura nacional y la variedad de sus funciones, es una de las instituciones del Estado que se relaciona más frecuentemente con los ciudadanos”⁹⁷. Del mismo modo, subrayó que una fuerza policial “honesta, profesional, preparada y eficiente, es la base para desarrollar la confianza de los ciudadanos”⁹⁸.

78. La Comisión recuerda que, de acuerdo a los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley*, los Estados miembros deben tener en cuenta que la labor de las fuerzas policiales “constituye un servicio social de gran importancia y, en consecuencia, es preciso

⁹⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, 2003, capítulo III, “Seguridad del Estado: las Fuerzas Armadas y los Cuerpos Policiales de Seguridad”, párrafo 294.

⁹⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 392.

mantener y, siempre que sea necesario, mejorar las condiciones de trabajo y la situación de estos funcionarios”. Asimismo, estas disposiciones se refieren expresamente al papel fundamental del personal de las fuerzas policiales “en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁹⁹, así como en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que integran el Sistema Interamericano.

79. En el hemisferio existió desde siempre una tensión entre las obligaciones de los Estados Miembros de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y el marco jurídico, la estructura operativa y las prácticas de las fuerzas policiales. En la enorme mayoría de los países de la región, recién a principios de los años noventa comienza a asumirse la magnitud de este problema. En forma consecuente, dan inicio procesos para incorporar cambios de fondo en las instituciones policiales, dirigidos a su modernización y profesionalización, de forma tal que pudieran cumplir eficazmente sus funciones de prevención y control del delito y la violencia, sin afectar los compromisos asumidos por los Estados Miembros en materia de derechos humanos. Este proceso todavía está en plena implementación, y pueden verificarse importantes avances, pero también permanentes retrocesos a las formas tradicionales de ejercicio de las funciones policiales en las Américas.

80. Estos procesos de modernización y profesionalización de las fuerzas policiales en la región deben enfrentar históricas debilidades institucionales. Los cuerpos de policía, en general, no han actualizado la sustancia de su marco doctrinario, más allá de las transformaciones formales que pueden presentarse en esa materia. En esta dirección, en varios países del hemisferio, la doctrina policial se mantiene ligada al concepto de orden público, atendiendo antes a la seguridad del Estado que a las necesidades de las perso-

⁹⁹ Naciones Unidas, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Considerandos 1 y 3.

nas o grupos que integran la sociedad. Complementariamente, la referencia a los derechos humanos en la doctrina clásica policial de la región a lo sumo aparece como una referencia accesoria, nunca vinculada a lo que se entiende corporativamente son los valores o principios que caracterizan la labor policial. Para que una fuerza policial aspire a ser respetuosa de los derechos humanos no sólo requiere de formación teórica sino que debe organizarse, seleccionar su personal, capacitarse permanentemente y realizar sus operaciones profesionales de forma tal de hacer efectivos los derechos humanos de la población a la que sirve.

81. Por otra parte, el despliegue territorial y funcional de las fuerzas policiales responde, en la mayoría de los países de la región, a un modelo reactivo, en detrimento del funcionamiento de un modelo proactivo de trabajo policial, dirigido especialmente a la prevención y la disuasión de la violencia y el delito. Completando este cuadro, la distribución de los recursos humanos y materiales de la policía no responde muchas veces a las necesidades reales de la población, asignándose gran parte de ellos al cumplimiento de tareas administrativas o de apoyo a otras instituciones públicas o entidades privadas que no tienen que ver, directa ni indirectamente, con la seguridad ciudadana. Si bien son recurrentes los reclamos de amplios sectores de la sociedad de incrementar el número de efectivos de las fuerzas policiales como eventual respuesta a la violencia y el delito, en muchos casos, la plantilla del personal policial en el hemisferio supera ampliamente las tasas de policías por habitante aceptadas internacionalmente. En realidad, la dificultad radica en una inadecuada distribución de los efectivos para el cumplimiento de tareas de seguridad, y al modelo de trabajo policial adoptado históricamente en la región.

82. Las funciones de prevención, disuasión y represión del delito, en especial aquél vinculado a la criminalidad organizada, la trata y tráfico de personas o el narcotráfico, requieren de efectivos policiales altamente capacitados en tareas de investigación e inteligencia policial, quienes deben tener, además, a su disposición los equipos y medios materiales adecuados para cumplir con eficacia su tarea. En el hemisferio es común que se verifiquen serias caren-

cias al respecto, lo que favorece la reproducción de la impunidad, incrementando la sensación de inseguridad de la población y su desconfianza hacia las instituciones del sistema de seguridad ciudadana. Respecto a los servicios de inteligencia policial, la Corte Interamericana ha indicado que estos organismos deben, *inter alia*: a) ser respetuosos, en todo momento, de los derechos fundamentales de la personas, y b) estar sujetos al control de las autoridades civiles, incluyendo no solo las de la rama ejecutiva, sino también las de los otros poderes públicos, en lo pertinente. Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales¹⁰⁰.

83. Las fuerzas policiales deben contar con el personal y la infraestructura especializada para brindar un servicio de calidad según las necesidades de aquellos sectores de la población más vulnerables frente a la violencia y el delito, como las mujeres; los niños, niñas y adolescentes; la población indígena y afrodescendiente y la población migrante. En esta dirección, la Comisión ya se ha pronunciado, destacando que

Si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas, requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue (...) El principio de igualdad también puede, a veces, obligar a los Estados a tomar una acción afirmativa, con carácter temporal, con objeto de atenuar o eliminar condiciones que causen o ayuden a perpetuar la discriminación, incluyendo las vulnerabilidades o desventajas que padecen grupos particulares, como las minorías y las mujeres¹⁰¹.

¹⁰⁰ Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrafo 284.

¹⁰¹ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, párrafo 338.

Corresponde, en este contexto, hacer especial mención a la situación de vulnerabilidad del colectivo integrado por personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, frente al riesgo de discriminación ante situaciones de violencia y criminalidad. Por su parte, la Corte ha señalado que el principio de igualdad ante la ley

pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*¹⁰².

84. En varias ocasiones la Comisión se ha pronunciado señalando que

ha observado que las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana no toman en cuenta las necesidades específicas de las mujeres. La violencia intrafamiliar y doméstica afecta particularmente a la mujer, pero, en muchos casos, no es tomada en cuenta como un problema de seguridad ciudadana. La invisibilización de la violencia contra la mujer se evidencia en la ausencia de estudios o estadísticas sobre la prevalencia de violencia intrafamiliar o doméstica, así como la poca información que existe sobre la prevalencia de delitos sexuales que afectan principalmente a la mujer¹⁰³.

En consecuencia, la Comisión señala que en los cuerpos de policía de los Estados Miembros deben existir servicios especializados

¹⁰² Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

¹⁰³ CIDH, Comunicado de Prensa 20/04 de 18 de setiembre de 2004: “La Relatora Especial de la CIDH evalúa el derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de la violencia y la discriminación”.

para la atención de mujeres víctimas de la violencia y el delito, con personal entrenado debidamente y con protocolos de intervención que permitan un trabajo integrado con otras instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil. De esta forma, será mayor el impacto de las medidas de prevención, y en su caso, se evitará la victimización secundaria, a la vez que se generarán las condiciones para una eficaz investigación de los hechos y el sometimiento de los responsables a la justicia competente.

85. La Comisión también entiende necesario señalar que en las Américas la regla general ha sido que las mujeres que integran las fuerzas policiales no reciban un trato equitativo y no discriminatorio en cuanto al goce de sus derechos funcionales, en especial en lo que respecta a la asignación de los destinos y cargos, así como al cumplimiento efectivo de todas las funciones operativas propias de esa profesión. Al respecto, la Comisión recuerda a los Estados Miembros que los estándares internacionales sobre este tema atienden a tres aspectos específicos: (1) el acceso al nombramiento para el servicio de policía; (2) la igualdad de oportunidades dentro del servicio de policía; y (3) el despliegue de las funcionarias de policía¹⁰⁴.

86. Las fuerzas policiales deben ser representativas, en su integración, de la realidad social y cultural de cada país. En especial, y considerando las condiciones particulares de las diferentes sociedades del hemisferio, la Comisión ha hecho referencia a la “necesidad de mantener una fuerza policial multiétnica y pluricultural, en particular fomentando la participación de miembros de los pueblos indígenas y mujeres en distintos organismos del Estado”¹⁰⁵. Este requisito está incorporado específicamente en el Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, donde se establece que “(...) todo órgano de aplicación de la ley debe ser representativo de la comunidad

¹⁰⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Derechos humanos y aplicación de la ley. Manual de capacitación en derechos humanos para la Policía”, Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1997, párrafos 747 a 754.

¹⁰⁵ CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la justicia en Guatemala*, 2003, Capítulo II: La seguridad ciudadana, párrafo 112.

en su conjunto, obedecerla y responder ante ella”¹⁰⁶. En la misma dirección, la Comisión ha recordado a los Estados Miembros que las instituciones del Estado, entre ellas las fuerzas policiales, deben contar con elementos que les permitan una adecuada atención a todas las personas que habitan el territorio del país, respetando todas las manifestaciones culturales, entre ellas, las diversas lenguas o dialectos existentes¹⁰⁷. Por su parte, la Corte Interamericana ha desarrollado una extensa jurisprudencia, señalando que:

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional¹⁰⁸.

87. Como ya se ha señalado en este informe, los niños, niñas y adolescentes son las principales víctimas de la violencia en el hemisferio. También, en muchos países de la región, las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años de edad afectan seriamente los derechos humanos vinculados a la seguridad ciudadana de amplios sectores de la población. Esta situación de mayor vulnerabilidad obliga a los Estados Miembros, en

¹⁰⁶ Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979.

¹⁰⁷ Ver CIDH, Informe No. 1/98, Caso 11.543, *Rolando Hernández Hernández* (México), párrafo 37. “Asimismo, la afirmación de los peticionarios —no controvertida por el Estado— según la cual los padres de Atanasio y Rolando Hernández Hernández presentaron declaraciones ante las autoridades competentes, sin contar con un traductor e intérprete indispensable, pues sólo hablan la lengua otomí, constituye no sólo una violación a las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana, sino en sí misma representa una clara irregularidad en el proceso, pues éstos desconocen la declaración que firmaron ante el Ministerio Público”.

¹⁰⁸ Corte I.D.H., “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”, Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 85.

el caso de la intervención de sus fuerzas policiales, a adoptar prácticas y procedimientos especiales para garantizar efectivamente los derechos de este segmento de la población. A partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁹, se reconoce en el plano del derecho internacional que los niños, niñas y adolescentes gozan de todos los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria, y reconocer la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de niños, niñas y adolescentes¹¹⁰. No se trata de consagrar en la política pública sobre seguridad ciudadana derechos diferentes para las personas menores de dieciocho años de edad frente al resto de los seres humanos, sino del establecimiento de una protección complementaria para este sector de la población en el ámbito de sus relaciones con el Estado, la sociedad y la familia. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana al referirse a las obligaciones de protección especial asumidas por los Estados Miembros. En esa dirección, la Corte ha señalado que “teniendo en consideración el desarrollo físico y emocional” de los niños, niñas y adolescentes, “los estándares internacionales reconocen un derecho adicional y complementario que obliga a los Estados a adoptar medidas de protección especial¹¹¹”.

88. En la misma dirección, a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, por *interés superior del niño* no puede entenderse

¹⁰⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Específicamente, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora principios rectores que cumplen la función de interpretación y de orientación para el diseño de políticas sociales y para la verificación de la forma en que en cada Estado se cumplen y se respetan cada uno de los derechos. Estos son los principios de no discriminación (artículo 2); interés superior del niño (artículo 3); supervivencia y desarrollo (artículo 6); y participación (artículo 12).

¹¹⁰ Cillero Bruñol, Miguel “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en *Derecho a tener derecho*, Tomo 4, UNICEF, IIN, Fundación A. Senna, página 31.

¹¹¹ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párrafo 147 y siguientes.

otra cosa que la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos. En otros términos: todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos. Así lo ha entendido la Corte Interamericana al afirmar que “(...) la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹¹². La política pública sobre seguridad ciudadana debe tener presente que el interés superior del niño, la niña y el adolescente ya no es el concepto subjetivo e impreciso sometido a la discrecionalidad de los adultos, sino un indicador preciso de la forma como se garantiza el goce efectivo de los derechos las personas que tienen menos de dieciocho años de edad¹¹³.

89. La Comisión reconoce que la relación entre las fuerzas policiales y el sector de la población constituido por niños, niñas y adolescentes, históricamente ha sido compleja, y se ha desarrollado en medio de marcadas dificultades para una adecuada comunicación. En el contexto que se verifica en varios países de la región, donde

¹¹² Corte I.D.H., “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrafo 137.

¹¹³ “Posiblemente resulta más claro ahora entender que cualquier reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional a los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables” García-Méndez, Emilio *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Ed. Temis-Depalma, Santafe de Bogotá-Buenos Aires, 1999, página 28. Ver también sobre este tema la Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño, 34to. Período de Sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003: “Medidas generales de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, artículos 4 y 42, y párrafo 6 del artículo 44”, disponible en [Http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.5.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.5.Sp?OpenDocument) .

el crecimiento de los niveles de violencia y criminalidad ha llevado al reclamo de acciones de mayor represión por parte de amplios sectores de la sociedad, esa relación se torna aún más difícil. Es por eso que la efectividad de las mencionadas medidas de protección especial, llevadas al plano de la actuación policial, tiene que ver con un marco jurídico adecuado a los estándares internacionales y al funcionamiento de unidades especialmente formadas para intervenir en situaciones que involucran a personas menores de dieciocho años de edad, en tanto víctimas como victimarios de hechos violentos o criminales. Sin perjuicio de esto, es necesario que todo el personal policial reciba una formación básica adecuada sobre la forma de actuar en este tipo de situaciones, y que también incorpore protocolos de intervención, criterios de derivación y facilidades para el trabajo en red con otras instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil.

90. La política pública sobre seguridad ciudadana también debe prestar atención calificada a la relación de las fuerzas policiales con las personas migrantes y sus familias, reconociendo que las mujeres, niñas, niños y adolescentes en esta condición son los que muestran mayores niveles de vulnerabilidad. En muchos países de la región, las personas migrantes no son solamente estigmatizadas y responsabilizadas por amplios sectores de la población del incremento de la violencia y la delincuencia, sino que son víctimas privilegiadas de la criminalidad y de la violencia estatal y privada. En cuanto a los estándares internacionales respecto a los derechos humanos de las personas migrantes, la Corte y la Comisión Interamericanas han establecido principios sobre: (1) los supuestos para la privación de la libertad de los migrantes; (2) las pautas que rigen sus condiciones de detención en los procesos migratorios; (3) las reglas del debido proceso que deben regir los trámites migratorios; (4) las garantías de defensa legal frente a decisiones de deportación individual y colectivas; y (5) el acceso a derechos sociales básicos de los migrantes en situación irregular, y en especial sus derechos laborales básicos. Muchas veces, estos procesos de exclusión se siguen desarrollando a partir de los mecanismos de “integración parcial” de los migrantes documentados, pero que no llegan a recibir el

mismo reconocimiento en sus derechos que las personas nacionales de los países donde se encuentran. A esto deben añadirse riesgos específicos a los derechos humanos de los migrantes y sus familias, constituidos por la trata y el tráfico internacional de personas y la violencia en las zonas de frontera¹¹⁴. Concretamente, la Corte se ha manifestado en cuanto a que en general

los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado¹¹⁵.

91. Por otra parte, los Estados Miembros deben tener presente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, debe regir el sistema de protección de los derechos laborales del personal de las fuerzas policiales. La Comisión se ha pronunciado sobre las condiciones de trabajo de los y

¹¹⁴ Organización Internacional para las Migraciones (OIM) “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y las políticas migratorias”. Informe elaborado en asociación con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, Argentina, Séptima Conferencia Internacional sobre Migraciones, Caracas Venezuela, julio de 2007, disponible en [Http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5577.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5577.pdf).

¹¹⁵ Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 112. Sobre este punto, ver también los trabajos sobre detenciones de migrantes del Comité de Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de Naciones Unidas (<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/>). Asimismo, ver el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas, Gabriela Rodríguez Pizarro, sobre trabajadores migrantes, conforme a la Resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2003/85/Add.3 y Corr. 1, 30 de octubre de 2002. (<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/5b6e3e148f22c3fbc1256c8e00335f80?Opendocument>).

las agentes de policía en la gran mayoría de los países de la región, al verificar que “las condiciones materiales en que trabajan no son buenas, y algunos otros aspectos son deplorables. Igualmente los sueldos son muy bajos¹¹⁶”. Los Estados Miembros, entre las medidas positivas para garantizar los derechos humanos vinculados a la seguridad ciudadana, deben contar con fuerzas policiales profesionales. Para ello, entre otros instrumentos, es fundamental la vigencia de normas que regulen con precisión la carrera policial. Al respecto, la Comisión ya ha manifestado que considera necesaria la creación de una verdadera carrera policial, que comprenda un riguroso proceso de capacitación con cursos de formación técnica y en derechos humanos, estrictos criterios de selectividad, y un sistema de promoción. Todo ello debería ir acompañado de la asignación de los recursos materiales necesarios para que la policía pueda cumplir con sus labores; el pago de un sueldo justo que dignifique el trabajo y atraiga al personal adecuado; y por último, la sanción de los excesos cometidos para depurar los elementos corruptos y delictuosos¹¹⁷. Del mismo modo, la carrera policial debe regular los requisitos para el cese de la función policial, y prever sistemas de seguridad social que garanticen una adecuada calidad de vida del personal una vez producido el retiro.

92. La Comisión recuerda que la doctrina más reconocida en la región menciona, entre los derechos de los miembros de las fuerzas policiales: (1) la remuneración justa, que permita al policía y a su familia un nivel de vida digno, teniendo en cuenta los peligros, responsabilidades y situaciones de estrés a las que se ve enfrentado por su accionar cotidiano, así como la capacidad técnica que su profesión le exige; (2) condiciones de seguridad e higiene en el trabajo; (3) respeto al horario y apoyo psicológico y físico necesarios; (4) el régimen de descanso y vacaciones proporcionales al desgaste que implica su labor en permanente estrés; (5) el deber de

¹¹⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 391.

¹¹⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 392.

cumplimiento de órdenes superiores sólo si éstas son legales y, en caso contrario, el derecho a oponerse a ellas, no pudiéndose aplicar medida penal o disciplinaria alguna al funcionario que rehúsa una orden ilegal o violatoria de derechos humanos; (6) recibir, de modo permanente, la formación adecuada al cumplimiento de sus funciones, estableciendo una carrera policial que sea el soporte académico-profesional de la transformación cultural. Los hombres y mujeres que integran las fuerzas policiales deben recibir una capacitación y formación operativa permanente en derechos humanos, que sea exhaustiva en materia de evaluación táctica del peligro, de modo que puedan determinar en cada situación si el uso de la fuerza, incluida la fuerza letal, es proporcionado, necesario y lícito¹¹⁸.

93. También en cuanto los derechos del personal de las fuerzas policiales, es imprescindible referirse al ejercicio de la libertad sindical. En este sentido, los Estados Miembros deben garantizar al personal que integra las fuerzas policiales derecho de asociarse para la defensa de sus derechos profesionales, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico internacional. El ejercicio de la libertad sindical por parte de funcionarios policiales debe desarrollarse manteniendo una ponderación permanente con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Miembros respecto a toda la población bajo su jurisdicción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El logro de ese equilibrio determina que la actividad sindical de los funcionarios y funcionarias policiales puede someterse a algunas limitaciones o restricciones que no rigen para otros trabajadores de la actividad pública o privada, propias de una institución sometida a reglas específicas de disciplina y jerarquía y a las necesidades de una sociedad democrática, como se desarrollará oportunamente en este informe al analizar el derecho a la libertad de asociación en su relación con la política pública sobre seguridad ciudadana.

94. Otro aspecto esencial para la carrera profesional de los y las agentes de policía, está constituido por el establecimiento de meca-

¹¹⁸ Domínguez Vial, Andrés, *Policía y Derechos Humanos*, Ed. Policía de Investigaciones de Chile/ IIDH, Santiago, 1996.

nismos de formación permanente y de especialización. Los Estados Miembros están obligados a actualizar los conocimientos y prácticas profesionales de todo el personal policial, planificando e implementando por medio de las instituciones competentes cursos, seminarios y conferencias, a la vez que proporcionando los materiales de estudio que tengan por objeto la capacitación profesional continua de los y las policías, especialmente, en aquellas materias o técnicas que hayan experimentado mayores modificaciones o evoluciones. El personal policial deberá contar con las mayores facilidades para asistir a actividades de actualización profesional, así como para continuar y profundizar su nivel educativo, en los términos compatibles con la prestación del servicio. Es necesario, como requisito para orientar adecuadamente las actividades de formación y especialización, que las autoridades responsables evalúen periódicamente los conocimientos profesionales del personal de las fuerzas policiales. La Comisión, al analizar la situación de la seguridad ciudadana en la región, ya ha señalado que

(...) buena parte del problema radica en la formación tan precaria de los agentes de la policía (...) Muchos de ellos no han terminado la preparatoria, y en términos generales, la preparación es superficial y escasamente enfocada a lo que es su función básica: la investigación y persecución de los delitos. La falta de una buena formación, además de que les impide tener una idea clara de la importancia de la legalidad, los hace sentirse incompetentes para actuar dentro de ella. La costumbre de trabajar de una determinada manera, sin control sobre los abusos que puedan cometer, ha creado vicios difíciles de erradicar¹¹⁹.

95. Una de las mayores trabas para el debido cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros respecto a los derechos comprometidos en el área de seguridad ciudadana ha sido la carencia de mecanismos efectivos de rendición de cuentas, que aseguren una gestión transparente y favorezcan diferentes modalidades de control por parte de la ciudadanía. Esto ya fue señalado en su

¹¹⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, Capítulo V, párrafo 390.

momento por la Comisión, al expresar que “la situación de la seguridad ciudadana se ve comprometida (...) por la inexistencia de un cuerpo policial eficiente y respetuoso de los derechos humanos que se dedique a la seguridad interna y favorezca el acercamiento entre la Policía y los ciudadanos¹²⁰”. A estos efectos, es fundamental contar con la estructura institucional y los recursos humanos y materiales funcionales a esa modalidad de gestión, elaborando y comunicando indicadores que sean conocidos por el conjunto de la población, a la vez que definiendo con claridad los medios para verificar el cumplimiento de las metas u objetivos definidos en la política pública de seguridad ciudadana.

96. Desde el punto de vista de las reglas de actuación de las fuerzas policiales, la Comisión advierte acerca de las carencias que se aprecian en varios países de la región, donde no existen normas definidas y claras que establezcan las potestades y los límites de la policía en sus intervenciones. En general, los procedimientos policiales son objeto de regulación por vía administrativa, a través de reglamentos, directrices u órdenes de servicio. Solamente en contadas excepciones los procedimientos policiales están adecuadamente establecidos en una ley. Como ya ha expresado la Comisión en este informe, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, toda limitación o restricción al ejercicio de los derechos humanos debe ser objeto de ley, en sentido formal y material¹²¹. La ausencia de un marco jurídico claro, debidamente difundido entre la población, y que constituya la base de la formación de los miembros de las fuerzas policiales, favorece la discrecionalidad en la actuación de los agentes estatales en esta materia, generando las condiciones para que se produzcan situaciones de desviación o abuso de poder¹²².

¹²⁰ CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la justicia en Guatemala*, 2003, párrafo 93.

¹²¹ Corte I.D.H., *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6.

¹²² “En un Estado democrático, donde se asume que el ordenamiento jurídico se fundamenta sobre la posición preferente de los derechos y libertades, es claro que la misión de hacer cumplir la ley se acaba identificando con la salvaguardia de un sistema normativo que tiene en los derechos y libertades su punto

97. En este sentido, los Estados Miembros, conforme lo establece el principio de legalidad, están obligados a sancionar normas con jerarquía de ley, y en cumplimiento de las normas internacionales en la materia, que regulen estrictamente los procedimientos policiales, en especial, en aquellas actuaciones policiales inmediatas, que se suceden en el espacio temporal anterior a la toma de conocimiento de los hechos por parte del ministerio público o la justicia competente. Estas normas deben ser de estricto conocimiento y cumplimiento por parte de los agentes estatales, a la vez que el Estado debe utilizar todos los medios a su alcance para que las mismas sean del conocimiento público. En este sentido, la Corte Interamericana cita al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su análisis del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a que

(...) en general y dentro del marco que en él se fija, el Artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. (...) A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto¹²³.

esencial de referencia (...) La policía no sólo está obligada a ello, sino que ha de asumir que toda su actividad debe estar impregnada por el respeto de los derechos y libertades. Esto es, el régimen de los derechos y libertades se erige en norma de ineludible observancia de todo comportamiento policial". Barcelona Llop, Javier, *Policía y Constitución*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1997.

¹²³ Corte I.D.H., "*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*" Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 79, citando al Comité de Derechos Humanos, de la ONU, Observación General 3:

98. Del mismo modo, la regulación de los procedimientos policiales debe incorporar códigos de ética o principios de actuación policial. En ese marco, la ley debe establecer los procedimientos disciplinarios internos que consagren el debido proceso administrativo, tipificando taxativamente las conductas en que pueden incurrir los efectivos policiales que serán objeto de reproche disciplinario; identificando los organismos competentes; los procedimientos para investigar los hechos en cada caso concreto y las sanciones a imponer, así como los recursos de que dispone el funcionario involucrado para impugnar el fallo. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pueda estar comprendido el funcionario policial, sobre las que entenderá la justicia ordinaria. Para la Comisión, el funcionamiento adecuado del sistema disciplinario policial (con los organismos de investigación internos encargados de juzgar y sancionar, en su caso, las conductas tipificadas previamente como faltas o infracciones), es un elemento esencial de una policía moderna, profesional y democrática. Esto en la medida que un procedimiento disciplinario que otorgue todas las garantías constitucionales y que funcione sobre la base del principio de celeridad, es un incentivo fundamental para aquellos policías que cumplen con responsabilidad sus tareas, en forma ajustada a derecho. Asimismo, la calidad del sistema disciplinario de una fuerza policial será un elemento de primer orden para erradicar la impunidad e incrementar el grado de confianza que la población tenga en el Estado como depositario de la fuerza pública, ya que podrá percibir que su actuación será transparente, reglada y no discrecional.

99. La Comisión ha prestado atención a estos aspectos en anteriores oportunidades, al señalar su preocupación por las inadecuadas prácticas que realizan algunas fuerzas policiales, “y por la falta de atención debida por parte del Estado”, ya que una policía “honesto, profesional, preparada y eficiente, es la base para desarrollar la confianza de los ciudadanos”. La Comisión subrayó que,

Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrafos 1 y 2.

mientras exista escepticismo en la población en denunciar hechos delictivos por considerar a la policía

un órgano inadecuado para realizar las debidas investigaciones, se incrementarán los graves casos de justicia privada y en consecuencia la impunidad. Para combatir este problema, la Comisión considera necesaria la creación de una verdadera carrera policial, que comprenda un riguroso proceso de capacitación con cursos de formación técnica y en derechos humanos, estrictos criterios de selectividad, y un sistema de promoción. Todo ello debería ir acompañado de la asignación de los recursos materiales necesarios para que la policía pueda cumplir con sus labores; el pago de un sueldo justo que dignifique el trabajo y atraiga al personal adecuado; y por último, la sanción de los excesos cometidos para depurar los elementos corruptos y delictuosos¹²⁴.

5. La intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad ciudadana

100. La Comisión desea insistir en una de sus preocupaciones centrales en relación con las acciones implementadas por los Estados Miembros en el marco de su política sobre seguridad ciudadana: la participación de las fuerzas armadas en tareas profesionales que, por su naturaleza, corresponden exclusivamente a las fuerzas policiales. En reiteradas ocasiones, la Comisión ha señalado que, dado que las fuerzas armadas carecen del entrenamiento adecuado para el control de la seguridad ciudadana, corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos combatir la inseguridad, la delincuencia y la violencia en el ámbito interno¹²⁵.

101. La preocupación de la Comisión frente a esta situación, que se reitera en varios países de la región, tiene que ver también con el propio funcionamiento del sistema democrático, pues en éste

¹²⁴ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 392.

¹²⁵ CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la justicia en Guatemala*, 2003, párrafo 113.

es fundamental la separación clara y precisa entre la seguridad interior como función de la Policía y la defensa nacional como función de las Fuerzas Armadas, ya que se trata de dos instituciones substancialmente diferentes en cuanto a los fines para los cuales fueron creadas y en cuanto a su entrenamiento y preparación. La historia hemisférica demuestra que la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en general se encuentra acompañada de violaciones de derechos humanos en contextos violentos, por ello debe señalarse que la práctica aconseja evitar la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna ya que acarrea el riesgo de violaciones de derechos humanos¹²⁶.

102. Una política pública sobre seguridad ciudadana, que se constituya en una herramienta eficiente para que los Estados Miembros cumplan adecuadamente sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas que habitan en su territorio, debe contar con una institucionalidad y una estructura operativa profesional adecuadas a esos fines. La distinción entre las funciones que le competen a las fuerzas armadas, limitadas a la defensa de la soberanía nacional, y las que le competen a las fuerzas policiales, como responsables exclusivas de la seguridad ciudadana, resulta un punto de partida esencial que no puede obviarse en el diseño e implementación de esa política pública. La Corte ha señalado en relación con este punto que "(...) los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales"¹²⁷.

103. En la región es recurrente que se proponga, o directamente se establezca, que efectivos militares asuman de seguridad interior

¹²⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, 2003, capítulo III, "Seguridad del Estado: las Fuerzas Armadas y los Cuerpos Policiales de Seguridad", párrafo 272.

¹²⁷ Corte I.D.H., *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párrafo 78.

a partir del argumento del incremento de los hechos violentos o delictivos. La Comisión se ha referido también a este punto, expresando que este tipo de planteos responden a la confusión entre “los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional, cuando es indudable que la criminalidad ordinaria-por muy grave que sea-no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado”¹²⁸.

104. Un punto especialmente grave a resaltar es que en algunos países de la región la participación de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad interior no se limita al despliegue territorial, mediante la implementación de planes operativos que tienen como objetivo central incrementar la visibilidad de los efectivos mediante técnicas de patrullaje preventivo o disuasivo, sino que esa participación se verifica en actividades de investigación criminal e inteligencia. La Comisión ha señalado que, en ciertos casos, las fuerzas armadas “continúan participando en la investigación de los delitos –en particular en los casos relacionados con narcotráfico y crimen organizado– en funciones de control migratorio y en tareas de inteligencia civil”¹²⁹, actividades que, para el buen funcionamiento de un sistema democrático, deben corresponder a fuerzas policiales civiles, sometidas a los correspondientes controles por parte del parlamento y, en su caso, del sistema judicial.

105. En definitiva, la Comisión reitera que los asuntos que tienen que ver con la seguridad ciudadana son de competencia exclusiva de cuerpos policiales civiles, debidamente organizados y capacitados, en los términos que se han señalado ya en este informe. En esa dirección, la Comisión comparte que “se requiere estar atentos y dispuestos a superar los conflictos a través de medios pacíficos bajo la perspectiva axiomática de la seguridad ciudadana, según la cual las diferencias se dan entre ciudadanos que hay que proteger y no frente a los enemigos que hay que combatir”¹³⁰. [...]

¹²⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 403.

¹²⁹ CIDH, Comunicado de Prensa 8/03, de 29 de marzo de 2003

¹³⁰ Ramírez Ocampo, *Augusto Seguridad ciudadana y derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1999. En la misma dirección, la Alta Comi-

sionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, señaló al finalizar su visita a México el 8 de febrero de 2008: -(...) durante mi visita he visto y escuchado que la situación de los derechos humanos en el ámbito nacional plantea persistentes preocupaciones en varias áreas. Entre los principales temas que me presentaron estuvo el uso de los militares que toman parte en actividades destinadas a hacer cumplir la ley. Quiero enfatizar que la primera obligación del Estado es proteger y defender la vida y la seguridad física. En una situación de serios desafíos a la autoridad del Estado de parte de organizaciones fuertemente armadas y de severas deficiencias en las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley, incluyendo una corrupción extendida, reconozco el dilema al que se enfrentan las autoridades en el cumplimiento de su responsabilidad por proteger. Sin embargo, utilizar a los militares continúa siendo problemático, pues es fundamentalmente inapropiado -en cuanto a la capacitación, la filosofía, el equipamiento y las perspectivas- en el desarrollo de funciones civiles para hacer cumplir la ley. La atención debe centrarse en dedicar urgentemente los recursos necesarios para fortalecer las instituciones civiles para que trabajen con integridad y profesionalismo. Mientras tanto, los tribunales civiles deben tener jurisdicción sobre los actos del personal militar que desarrolla funciones para hacer cumplir la ley, y deben estar disponibles recursos efectivos ante las violaciones de derechos humanos perpetradas por personal militar-. Disponible en [Http://www.hchr.org.mx/documentos/comunicados/declaracionAltaComisionada8defebrero.pdf](http://www.hchr.org.mx/documentos/comunicados/declaracionAltaComisionada8defebrero.pdf) .

El derecho a la reparación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Lineamientos principales para una política integral de reparaciones
OEA/Ser/L/V/II.131, Doc. 1, 19 febrero 2008

La CIDH valora que la recomendación formulada en su *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz* respecto a la definición de “una política pública de reparación que apunte a resolver los daños causados por la violencia paramilitar” haya sido tomada en cuenta por el Gobierno de Su Excelencia y esté siendo implementada mediante la creación del programa de reparaciones administrativas.

Al respecto, en atención a la solicitud de asesoría formulada por el Gobierno de Su Excelencia, y en cumplimiento de su mandato, establecido en el artículo 41(e) de su Reglamento y 18(e) de su Estatuto, la CIDH, presenta al Gobierno de Colombia un documento con los lineamientos principales que debe contener una política integral de reparaciones.

1. La CIDH en su *Pronunciamiento sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia* de agosto de 2006 y su *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz* de octubre de 2007, ha reiterado que la jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido en diversas ocasiones que las víctimas de violaciones graves perpetradas durante el conflicto armado tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, la cual debe concretizarse mediante medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como medidas de

satisfacción de alcance general y garantías de no repetición¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en casos de violaciones de derechos humanos el deber de reparar es propio del Estado, por lo que si bien las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades también en la búsqueda de una justa compensación en el derecho interno, este deber no puede descansar exclusivamente en su iniciativa procesal o en la aportación privada de elementos probatorios”². Las reparaciones deben consistir en medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, así su naturaleza y monto dependerán del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores³.

2. La CIDH entiende que más allá del sistema legal establecido, corresponde al Estado un rol central y una responsabilidad principal en garantizar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones

¹ Ver Corte I.D.H., Myrna *Caso Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrs. 236-237; *Caso del Caracazo*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C N° 95, párr. 77-78; *Caso Blake*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C N° 48, párr. 31-32; *Caso Suárez Rosero*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 20 de enero de 1999, Serie C N° 44, párr. 41; *Caso Castillo Páez*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C N° 43, párr. 53. Ver también CIDH, *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la república de Colombia*. OEA/Ser. L/V/II 125 Doc. 15, 1 de agosto de 2006, párr. 48.

² CIDH. *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser. L/V/II 129 Doc. 6, 2 de octubre de 2007, párr. 97. Ver también Corte I.D.H. *Caso de la Masacre de la Rochela*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 220.

³ CIDH. *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la república de Colombia*. OEA/Ser. L/V/II 125 Doc. 15, 1 de agosto de 2006, párr. 48.

graves del derecho internacional humanitario⁴ un acceso efectivo y en condiciones de igualdad, a medidas de reparación, acordes a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. En modo alguno el acceso a la reparación de las víctimas puede quedar sujeto exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal de los victimarios,⁵ ni a la previa ejecución de sus bienes personales, lícitos o ilícitos⁵.

3. El Estado, al definir una política pública de reparación, debe apuntar a reparar los daños causados por la violencia paramilitar, y en base a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, disponiendo de vías administrativas, ágiles y de escaso costo, para el acceso a programas de reparaciones económicas. Esto, sin perjuicio de las demás formas de reparación no materiales, reparaciones colectivas y de los programas y servicios sociales que pudieran establecerse para la población afectada durante el conflicto⁶. Dicha política debe ser implementada según los criterios de reparación que fueran señalados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación⁷.

4. El programa de reparación administrativa que vaya a ser implementada por el Estado deberá necesariamente reflejar el resultado de un proceso abierto y transparente de diálogo y consulta

⁴ A la luz de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario* a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005. E/CN.4/Sub.2/1996/17.

⁵ CIDH. *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser. L/V/II 129 Doc. 6, 2 de octubre de 2007, párr. 98.

⁶ *Ibidem*, párr. 99. Beneficios sociales especiales con sentido reparatorio como los otorgados en el caso chileno como pensiones reparatorias, beneficios educativos para los hijos de los desaparecidos, servicio de salud a través del Programa de Reparación y atención Integral en de Salud y Derechos Humanos (PRAIS). ICTJ. *The Handbook of Reparations. The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile* by Elizabeth Lira, Capítulo II, 2006, págs. 60-64.

⁷ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, artículo 52.6, ley 975 de 2005 y artículo 16, decreto 3391 de 2006. Bogotá, 2007.

previa con la sociedad civil y las instituciones del Estado involucradas, que legitime y garantice la continuidad, irreversibilidad e institucionalidad de dicha política. En este sentido, la CIDH entiende que es preciso que el programa integral de reparaciones funcione como una política de Estado que le otorgue estabilidad y una vigencia sostenida en el tiempo. La implementación de un programa de reparaciones integrales como el que se plantea necesita de un compromiso de solidaridad social por parte de la sociedad colombiana con las víctimas del conflicto, el cual sería facilitado por un proceso de consulta previa amplio y profundo.

5. El Estado debe asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso efectivo de las víctimas a reparaciones, conforme a los estándares del derecho internacional⁸. Por ello, la CIDH entiende que la adopción de un programa de reparaciones administrativas, no debería excluir el acceso a vías judiciales para las víctimas, permitiéndoles así escoger la vía que consideren más adecuada para asegurar en definitiva la obtención de reparación. La CIDH considera que el Estado podría disponer e implementar mecanismos institucionales adecuados para respetar este derecho de las víctimas a acudir a diversas vías de reparación diferenciadas, sin riesgo para el erario público.

6. Si el programa integral de reparaciones ofreciera una vía administrativa como opción frente al incidente judicial de reparación de la Ley de Justicia y Paz, la CIDH entiende que no debería convertirse en un camino excluyente, sino complementario de este incidente. En vista de que el objeto de la reparación administrativa sería diferente del objeto del incidente judicial de reparación. Este incidente, establecido por la Ley de Justicia y Paz, permite formular una acción judicial orientada a buscar reparación, en primer término, por cuenta del victimario directo, y en su caso del grupo paramilitar, y sólo en forma subsidiaria y a falta de bienes suficientes, por el Estado colombiano, a través del fondo de reparación.

⁸ CIDH. *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. OEA/Ser. L/V/II 129 Doc. 6, 2 de octubre de 2007, Recomendación No. 6 de la CIDH.

La subsistencia del derecho a demandar reparación al victimario no está relacionada al cobro de una reparación administrativa al Estado colombiano, pues se trata de créditos distintos, con objeto y sujetos pasivos diferenciados. La CIDH entiende entonces que la reparación por la vía administrativa no debiera estar sujeta al requisito de desistimiento del incidente judicial por parte de la víctima. La CIDH considera que ambas acciones deberían ser complementarias y que siempre conservaría el Estado la facultad de compensar en un incidente judicial lo abonado a una víctima en virtud del programa administrativo de reparaciones. Es así que se considera que no existe un costo de doble reparación a cargo del Estado. Es posible además que la implementación del programa administrativo tenga también por efecto disminuir la litigiosidad en materia de reparaciones.

7. La CIDH ha sido informada que el Estado al implementar un programa administrativo de reparaciones para las víctimas de ciertas violaciones, no lo haría en función de asumir una responsabilidad jurídica por los hechos reparados, sino como expresión de un compromiso político y humanitario con las víctimas del conflicto⁹. La CIDH entiende que el concepto de reparación tiene sus raíces en un principio de obligación, en contraste con un pago *ex gratia*. Por ello, entendemos que el procedimiento administrativo de reparaciones, no debería implicar un desistimiento de la acción judicial contencioso administrativa que busca precisamente la determinación de la responsabilidad jurídica del Estado, así como tampoco un desistimiento del incidente de reparación. En este sentido, las víctimas deberían mantener su derecho de acción judicial en el ámbito contencioso administrativo, a fin de determinar la eventual responsabilidad estatal por violaciones graves cometidas por paramilitares, tal como ha sido establecido en precedentes del Consejo de Estado. Asimismo, el Estado podría siempre compensar lo que otorgue a través del programa de reparaciones administrativas, de lo que pudiera verse obligado a reparar en un proceso contencioso administrativo.

⁹ Información recibida por la CIDH durante la visita realizada en noviembre de 2007.

8. La creación de un programa administrativo de reparaciones no debe afectar la política establecida en la Ley de Justicia y Paz respecto a que sean los victimarios paramilitares quienes sufraguen las reparaciones con sus bienes lícitos e ilícitos, particularmente en observancia de la sentencia de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz¹⁰. En ese sentido, la implementación de un programa integral de reparaciones debería estar necesariamente acompañada por una estrategia activa de parte del Gobierno y de la Fiscalía encaminadas a la recuperación de bienes y activos lícitos e ilícitos que pertenecen a los grupos paramilitares. Todo esto, tomado en cuenta el reembolso del costo fiscal invertido en un programa de reparaciones como el que se plantea por parte de los responsables directos, siguiendo el espíritu de la Ley de Justicia y Paz.

9. Respecto a los procedimientos a implementarse en el marco del programa de reparaciones integrales la CIDH considera que éstos deben respetar los derechos y garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Dichos procedimientos deberán garantizar estándares mínimos de respeto del derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de remarcar la plena aplicabilidad de la garantía establecida en el artículo 8 de la Convención Americana y ha establecido que el debido proceso en sede administrativa:

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...¹¹.

10. Entre los elementos que componen el debido proceso en sede administrativa la CIDH ha identificado: la garantía de una

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C 370-2006 de 18 de mayo de 2006.

¹¹ Para mayor referencia ver CIDH, *Informe sobre el Acceso a la justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 septiembre 2007, párr. 104.

audiencia pública de determinación de derechos, el derecho a la representación legal, la notificación previa sobre la existencia del proceso, el derecho a contar con una decisión fundada, la publicidad de la actuación administrativa, el derecho al plazo razonable y el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas¹².

11. La CIDH considera que dichos procedimientos deben ser accesibles, flexibles, transparentes y públicos salvo aquella información que pueda poner en riesgo a las víctimas. En vista de la naturaleza de dichos procedimientos administrativos, a las características de los hechos reparados y a la condición de numerosas víctimas del conflicto colombiano, la CIDH considera que debería procurarse un sistema amplio en materia probatoria en el cual el Estado cumpla un rol activo en la producción y la recolección de información relevante para fiscalizar la veracidad de los hechos denunciados. En este sentido, la CIDH considera que deberían contemplarse la posibilidad de acudir a pruebas de indicios, al testimonio de las propias víctimas y sus familiares, acompañarse los hechos individuales con información del contexto social y los patrones de violaciones y hechos acreditados en casos tramitados ante los juzgados colombianos, la CIDH y la Corte Interamericana. Asimismo, la CIDH ha establecido que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. En tal sentido, la CIDH considera adecuado que el Estado brinde un servicio accesible y comprensivo de asistencia jurídica gratuita¹³.

12. La CIDH considera que la implementación de un programa integral de reparaciones de esta índole implica una estrategia activa por parte del Estado de difusión y llegada a las víctimas. Dicha estrategia debiera incluir campañas amplias de información, y un proceso

¹² CIDH. *Informe sobre el Acceso a la justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 septiembre 2007, págs. 36-48.

¹³ *Informe sobre el Acceso a la justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 septiembre 2007, párr. 51. Corte I.D.H. Opinión Consultiva No. 11/90.

de descentralización administrativa del trámite de las oficinas que registren los pedidos, manteniendo una centralización en cuanto a la decisión a fin de garantizar accesibilidad e igualdad ante la ley.

13. La CIDH ha señalado que es imprescindible que el Estado respete los derechos de los grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos humanos -como las mujeres, los niños y niñas, los pueblos indígenas, las comunidades afro colombianas, los líderes sociales y los defensores de derechos humanos-¹⁴ en el esclarecimiento y sanción de los actos de violencia y discriminación ocurridos, así como el derecho a la reparación adecuada del daño causado, a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación¹⁵. La CIDH ha señalado además que el Estado debe ofrecer espacios para que las víctimas puedan participar de las decisiones relativas a la implementación de mecanismos y políticas de reparación¹⁶. En tal sentido, el proceso de consulta sugerido podría servir como un ámbito propicio para que las víctimas y sus representantes puedan exponer sus puntos de vista, e informar al Estado sobre sus necesidades específicas. Ello contribuirá a dotar de mayor pertinencia y racionalidad a las políticas de reparación, y evitará acciones que puedan resultar discriminatorias.

14. En este sentido y tomando en cuenta que la mayoría de víctimas a ser reparadas son mujeres¹⁷, la CIDH considera que el programa administrativo de reparaciones debería contemplar mecanismos específicos destinados a reparar integralmente actos de

¹⁴ La CIDH ha identificado como grupos en mayor riesgo de violaciones a sus derechos humanos a las mujeres, los niños y niñas, los pueblos indígenas, y las comunidades afro colombianas, así como los líderes sociales y organizaciones que asumen la defensa de sus derechos. CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr.1.

¹⁵ CIDH. *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67 18 de octubre de 2006. párr. 236.

¹⁶ CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, recomendación 63.

¹⁷ Información provista por el Estado al Relator de la CIDH para Colombia en reunión sostenida con la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación el 28 de noviembre de 2007.

violencia y discriminación que han vivido las mujeres como parte del conflicto armado. De igual manera, la Convención de Belém do Pará¹⁸ insta a los Estados a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que las mujeres víctimas de violencia –tanto física, psicológica como sexual-, tengan un acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces¹⁹.

15. En cuanto a la reparación de víctimas de otros grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos humanos como los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes el Estado deberá también tomar en cuenta criterios reparatorios diferenciados que incluya el reconocimiento y respeto a la identidad y a la cultura, el reconocimiento y respeto de sus territorios, y la participación de sus autoridades en todas las decisiones que los afecten²⁰. En este sentido se reitera la importancia de que el proceso de consulta que se realice incluya a sus autoridades tradicionales.

16. En relación a la reparación para los niños y niñas víctimas, la CIDH recuerda que según lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹ y la Convención sobre los Derechos del Niño²², todas las medidas que se adopten a favor de los ni-

¹⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, artículo 7.

¹⁹ Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1325/2000. CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 233.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párrs. 60 a 111. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 168 a 218. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 Serie C No. 79, párrs. 162 a 172. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakey Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 179 a 227. Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 195 a 247. Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 186 a 202.

²¹ Artículo 19.

²² Artículos 2, 3, 6.2, 12, 27.1 y 3, 39.

ños y las niñas deberán asegurar que prevalezca el interés superior del niño, el respeto de su dignidad, el principio de no discriminación por cualquier índole, el derecho de participación de los niños y niñas así como el respeto de sus opiniones tanto en el proceso de diseño e implementación de las medidas de reparación. Asimismo, tales medidas deberán orientarse a asegurar las condiciones necesarias para que los niños y niñas víctimas puedan gozar de un estándar de vida adecuado que les permita alcanzar su desarrollo pleno como seres humanos.

17. Asimismo, la CIDH considera que es importante que el programa de reparaciones administrativas tome en cuenta criterios de reparación para las víctimas desplazadas a consecuencia del accionar violento de los grupos armados ilegales²³. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión²⁴.

18. Como ha sido reconocido en distintas oportunidades, por el Gobierno de Colombia, organismos de la sociedad civil y la comunidad internacional, el conflicto interno en Colombia ha ocasionado graves violaciones a los derechos de millones de colombianos. En este sentido, la CIDH valora la voluntad del Estado de reparar a las víctimas de violaciones a través de un programa de reparación integral y se pone a disposición del Gobierno de Colombia a fin de colaborar con el proceso de implementación de dicho programa y darle seguimiento.

²³ A la luz del Principio 29 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de Naciones Unidas, del 11 de febrero de 1998. E/CN.4/1998/53/Add.2.

²⁴ Corte I.D.H., *Caso de las Masacres de Ituango*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 210.

Examen de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz

Corte Constitucional
Sentencia C-370/06

Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de de dos mil seis (2006)

[...] VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

[...] 6. *Examen de los cargos de constitucionalidad formulados contra las normas demandadas.*

[...] 6.2. Consideraciones sobre los cargos de fondo propuestos

Pasa la Corte a juzgar las normas acusadas a partir de las consideraciones generales expuestas anteriormente -sobre la paz, la justicia, los derechos de las víctimas (apartado 4) y el método de ponderación (apartado 5)-, advirtiéndole que el juicio partirá de una interpretación de los cargos de la demanda, agrupándolos temáticamente en la medida de lo posible.

6.2.1. El concepto de alternabilidad penal adoptado por la Ley 975 de 2005. Estudio conjunto de los artículos 3º, 19 (parcial), 20, 24, y 29 (parcial).

6.2.1.1. El cargo básico dirigido en la demanda contra la Ley 975 de 2005 consiste en que ésta constituye un sistema de impunidad, cuyo eje central es la concesión de un beneficio de alternabilidad penal en virtud del cual quienes han cometido delitos de suma gra-

vedad, en el marco del conflicto armado interno, se pueden exonerar de una parte significativa de la pena que les correspondería ordinariamente cumplir por la comisión de tales delitos, sin que se cumplan las condiciones establecidas en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la validez de tales medidas. Afirman los demandantes, de manera reiterada a lo largo de la demanda, que la concesión de este beneficio, aunada a ciertos aspectos específicos de la Ley 975/05, no supera un juicio estricto de proporcionalidad, por constituir una afectación excesiva de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como otros valores, principios y derechos constitucionales.

6.2.1.2. Para emitir un pronunciamiento de fondo sobre este cargo, es preciso hacer referencia al instituto denominado en la ley, “alternatividad”. Para el efecto, se hace necesario abordar un estudio conjunto de los artículos 3° referido a la “alternatividad”, 19 relativo a la aceptación de cargos; 20 relativo a la acumulación de procesos y penas; 24 que regula el contenido de la sentencia; y 29 específicamente denominado “pena alternativa”, sin perjuicio de que respecto de este último artículo se haga énfasis en el cargo específico de violación del derecho de las víctimas a la reparación.

6.2.1.3. *Alcance de las disposiciones bajo estudio.* Para abordar el estudio sistemático de la denominada alternatividad es útil transcribir el contenido de las normas:

“ARTÍCULO 30. ALTERNATIVIDAD. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

ARTÍCULO 19. ACEPTACIÓN DE CARGOS. En la audiencia de formulación de cargos el imputado podrá aceptar los presentados por la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización.

Para su validez tendrá que hacerlo de manera libre, voluntaria, espontánea y asistido por su defensor. En este evento el Magistrado que ejerza la función de control de garantías enviará inmediatamente lo actuado a la Secretaría de la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial a la que corresponda su conocimiento.

Recibida la actuación, la Sala correspondiente convocará a audiencia pública dentro de los diez (10) días siguientes para examinar si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. De hallarla conforme a derecho, dentro de los diez (10) días siguientes citará a audiencia de sentencia e individualización de pena.

PARÁGRAFO 10. *Si en esta audiencia el imputado no acepta los cargos, o se retracta de los admitidos en la versión libre, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz remitirá la actuación al funcionario competente conforme con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas.*

PARÁGRAFO 20. *Cuando exista solicitud de reparación integral, previamente se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley”.*

“ARTÍCULO 20. ACUMULACIÓN DE PROCESOS Y PENAS. *Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley”.*

“ARTÍCULO 24. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. *De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.*

La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”.

ARTÍCULO 29. PENA ALTERNATIVA. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

6.2.1.4. La alternatividad en la ley 975/05 obedece a un concepto específico definido por el Congreso de la República. Su naturaleza y características conforme a la ley.

6.2.1.4.1. En esencia, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una

pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años. En la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria (la principal y las accesorias), y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la sentencia. En el concepto de alternatividad penal adoptado en la ley 975 de 2005 la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado.

6.2.1.4.2. De acuerdo con las disposiciones transcritas el instituto de la alternatividad es concebido por el legislador como un beneficio jurídico en el que concurren los siguientes elementos :

- a. El beneficio comporta la suspensión de la pena determinada en la respectiva sentencia. Esta pena es la que correspondería de conformidad con las reglas generales del Código Penal, es decir, la pena ordinaria (la principal y las accesorias) (Art.3°).
- b. Su reemplazo por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a la víctimas , y su adecuada resocialización. (Art. 3°).
- c. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la propia ley. (Art.3°). Compete a la Sala del Tribunal correspondiente evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para acceder a la pena alternativa. (Art. 24)
- d. En la sentencia condenatoria se fijará la pena principal y las accesorias, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley penal (Código Penal). (Art. 24).
- e. Adicionalmente, en caso de que el condenado cumpla con las condiciones previstas en la ley, se incluirá la pena alternativa prevista en la misma, consistente en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años, y no superior a ocho (8) años. (Art. 29).
- f. En la misma sentencia se impondrán los compromisos de comportamiento por el término que disponga el tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctima y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. (Art.24).

- g. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el respectivo tribunal y a informar cualquier cambio de residencia.(Art.29).
- h. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal. (Art. 29).
- i. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.(Art.29).
- j. Para efectos procesales, es factible la acumulación de procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado al margen de la ley (Art. 20).
- k. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley (Art. 20).
- l. Procede la acumulación jurídica de penas^{1 2} cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley. Sin embargo establece la ley que “en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”. (art.20)

6.2.1.4.3. Advierte la Corte, a partir de la caracterización del instituto que la ley denomina *alternatividad*, que se trata en realidad de un *beneficio* que incorpora una rebaja punitiva significativa, al cual pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se sometan a un proceso de reincor-

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El sistema de acumulación jurídica de penas, está previsto en el artículo 31 del código penal, conforme al cual cuando existe concurso de conductas punibles el autor “*quedará sometido a la (disposición) que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas*”.

poración a la vida civil, y que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos. La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

6.2.1.4.4. Ese beneficio que involucra una significativa reducción de pena para los destinatarios de la ley, se ampara en un propósito de pacificación nacional, interés que está revestido de una indudable relevancia constitucional; sin embargo, simultáneamente, en la configuración de los mecanismos orientados al logro de ese propósito constitucional, se afectan otros valores y derechos, como el valor justicia y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Si bien el legislador goza de un amplio margen de configuración para el diseño de los instrumentos encaminados a alcanzar los fines propuestos, en particular la paz, esa potestad no es ilimitada. Corresponde, como se dijo anteriormente, a la Corte analizar si los medios diseñados por el legislador en las normas bajo examen resultan adecuados para alcanzar el fin propuesto, y si tales medios no implican una afectación manifiestamente desproporcionada de otros derechos constitucionales, en particular los derechos de las víctimas.

6.2.1.4.5. Observa la Corte que en principio un beneficio que involucra una rebaja punitiva, constituye una de las múltiples alternativas a las que puede acudir el legislador para alcanzar el bien constitucional de la paz. Sin embargo es preciso establecer si en su diseño se producen afectaciones desproporcionadas a otros derechos constitucionales, que resulten intolerables frente al orden constitucional. Aparentemente, una pena que oscile entre cinco y ocho años de prisión, podría resultar desproporcionadamente baja cuando se trata de grave criminalidad. Entonces es preciso determinar cual es el sentido y el alcance de la ley en materia de imposición punitiva para desentrañar la naturaleza de esa pena y si la misma vulnera el valor justicia o los derechos de las víctimas.

6.2.1.4.6. Al respecto subraya la Corte algunos apartes de la ley que concurren a caracterizar la figura denominada alternatividad:

- a. El artículo 3º, concibe el beneficio de descuento punitivo como una *“suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia”*.
- b. Por su parte, el artículo 24 establece que *“de acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijará la pena principal y las accesorias”* y *“adicionalmente se incluirá la pena alternativa prevista en la presente ley”*.
- c. El artículo 29 establece que *“cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada”*.

6.2.1.4.7. De las anteriores disposiciones se derivan los elementos esenciales de la denominada pena alternativa, tal como la contempla la ley, que por su importancia conviene sistematizar, a partir de lo dicho en el apartado 6.2.1.4.2., así:

(i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.

(ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la ley penal. Esta comprensión se deriva explícita y sistemáticamente de los artículos 3º, 19, 20, 24 y 29.

(iii) Es alternativa: la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.

(iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurran los presupuestos específicos previstos en la presente ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la ley denomina pena alternativa.

(v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma. (Par. Art. 29).

(vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la ley (artículo 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (artículo 29).

(vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: Cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.

(viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley, para el goce del beneficio, se revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia.

6.2.1.4.8. Tal beneficio jurídico, así concebido, no encubre un indulto, como erróneamente lo entienden los demandantes, pues no significa perdón de la pena. Como se ha indicado, de conformidad con las reglas establecidas en la ley acusada, el Tribunal debe imponer en la sentencia condenatoria las penas principales y accesorias que el Código Penal establece para los correspondientes delitos, dentro de los límites punitivos establecidos en el mismo. Además de imponer la pena correspondiente al delito o delitos de que se trate, el Tribunal resolverá sobre el reconocimiento del beneficio jurídico de la pena alternativa, siempre que el beneficiario cumpla con todos los requisitos establecidos para su otorgamiento. La imposición de una pena alternativa no anula, invalida o extingue la pena originaria. La extinción sólo se produce una vez cumplida, en su totalidad, la pena alternativa impuesta, el período de prueba y cumplidas las obligaciones derivadas de todos los requisitos impuestos para el otorgamiento del beneficio.

6.2.1.4.9. Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena. Estos aspectos de la ponderación han sido analizados en los apartados 5, 6.2.1.7. y 6.2.2. de la presente providencia.

6.2.1.4.10. Sin embargo, considera la Corte que algunas expresiones de los artículos 3°, 20 y 29, merecen especial consideración en cuanto pueden contener medidas que, no obstante estar orientadas al logro de la paz, podrían entrañar una desproporcionada afectación del valor justicia y particularmente del derecho de las víctimas

6.2.1.5. La colaboración con la justicia y el goce efectivo de los derechos de las víctimas

6.2.1.5.1. Así acontece con la expresión del artículo 3° que condiciona la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, a la “colaboración con la justicia”. Esta exigencia formulada en términos tan genéricos, despojada de contenido específico, no satisface el derecho de las víctimas al goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Esta colaboración podría limitarse a suministrar alguna información sobre las conductas de otros miembros de un grupo armado ilegal, en lugar de consistir en revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos por los cuales se aspira a recibir el beneficio de la alternatividad. Así entendida, la colaboración no respetaría el derecho de las víctimas a la verdad. Lo mismo podría decirse del derecho a la reparación. La colaboración con la justicia podría consistir en entregar los bienes ilícitos producto de la actividad delictiva, lo cual sería mani-

fiestamente insuficiente para asegurar el goce efectivo del derecho de las víctimas a la reparación. La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la “colaboración con la justicia” no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 973 de 2005.

6.2.1.5.2. En consecuencia la Corte declarará la constitucionalidad del artículo 3º, en el entendido que la “colaboración con la justicia” debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

6.2.1.5.3. Especial consideración merece también el artículo 20 de la ley 975 de 2005, que contempla la acumulación de procesos y penas, el cual se analizará en el siguiente aparte.

6.2.1.6. La acumulación de procesos y penas, como parte de la alternatividad.

6.2.1.6.1. Sin entrar a juzgar de manera puntual los diferentes apartes específicos del artículo 20, acusado de manera general por ser parte del sistema de alternatividad y conceden a juicio de los demandantes un indulto disfrazado, cabe resaltar que el artículo 20 establece varias hipótesis.

6.2.1.6.2. En cuanto a la acumulación jurídica de procesos :

- a. En primer término, la posibilidad de acumulación de los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado al margen de la ley.
- b. En segundo término, establece que en ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.
- c. En tercer lugar, el artículo 20 contempla la acumulación jurídica de penas, conforme al código penal, para el evento en que el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado, pero vincula esta hipótesis a una condición.

- d. Por último establece la siguiente condición: “en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”.

6.2.1.6.3. Observa la Corte que en cuanto a la tres primeras hipótesis, éstas concilian los propósitos de pacificación de la ley con las exigencias de justicia, en cuanto se orientan a establecer instrumentos procesales, como la acumulación de procesos y la acumulación jurídica de penas, que promueven la desmovilización de personas que hubiesen incurrido en delitos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley. Pero paralelamente exige que los procesos susceptibles de acumulación se refieran a conductas respecto de las cuales pueda operar la ley en cuanto se hubiese incurrido en ellas durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado en trance de desmovilización. Adicionalmente la acumulación jurídica de penas demanda una determinación e imposición de la pena originaria acorde con la naturaleza y gravedad del hecho. La concurrencia de estas últimas exigencias permite una ponderación entre el interés de la paz que alienta la ley, y sus pretensiones de justicia.

6.2.1.6.4. No se produce una desproporcionada afectación del valor justicia en razón a que la acumulación jurídica de penas, determinada conforme a las reglas que para el efecto establece el código penal, opera en relación con las penas principales imponibles o impuestas, respecto de los diferentes delitos perpetrados durante y con ocasión de la pertenencia del sentenciado al respectivo grupo, que son objeto de la acumulación. Lo anterior no significa que en estos casos dejen de ser beneficiados por lo que la ley ha denominado alternatividad penal. De tal forma que si el desmovilizado condenado con anterioridad, por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, se acoge a la Ley 975 de 2005, y cumple los requisitos correspondientes, dicha condena previa se acumulará jurídicamente a la nueva condena que se llegare a imponer como resultado de su versión libre y de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía. Después de efectuada dicha acumulación jurídica, el juez fijará la condena ordinaria (pena principal y accesorias), cuya

ejecución se suspenderá y se concederá el beneficio de la pena alternativa de 5 a 8 años en relación con la pena acumulada, si se cumplen los requisitos de la Ley 975 de 2005. Si transcurrido el tiempo de la pena alternativa y el período de prueba, el sentenciado ha cumplido a cabalidad con las obligaciones establecidas en la ley, la pena inicialmente determinada en la sentencia como resultado de la acumulación jurídica se declarará extinguida. En caso contrario, se revocará y el sentenciado deberá cumplir la pena acumulada, inicialmente determinada en la sentencia (artículos 24 y 29).

6.2.1.6.5. No ocurre lo mismo con la expresión *“pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”* del inciso 2° del artículo 20, la cual es inconstitucional. Este segmento elimina completamente las condenas impuestas por hechos delictivos cometidos con anterioridad a la desmovilización, puesto que condiciona la acumulación jurídica de penas a partir de la cual ha de determinarse en la sentencia la pena ordinaria cuya ejecución habrá de ser suspendida. Tal supresión total de la condena previa equivale a una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia y podría ser interpretado como un indulto disfrazado.

6.2.1.6.6. En consecuencia la Corte declarará, por los cargos examinados, la exequibilidad del artículo 20, con excepción de la expresión *“pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la pena prevista en la presente ley”*, que se declara inexecutable.

6.2.1.7. *Análisis del cargo por violación del derecho a obtener garantías de no repetición de las conductas lesivas de los derechos de las víctimas. Artículo 29 (parcial).*

6.2.1.7.1. En este punto, se señalan como demandadas las siguientes expresiones del artículo 29 de la Ley 975/05:

“Artículo 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en priva-

ción de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa”.

6.2.1.7.2. Señala la demanda que el derecho a la reparación incluye la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar que no se repitan los hechos de violencia que perjudicaron a las víctimas.

A continuación explican que si bien el artículo 8 de la Ley 975/05 establece las garantías de no repetición como parte del derecho a la reparación, “en franca contradicción con el artículo 8º, otras disposiciones de la ley resultan contrarias al deber del Estado de garantizar la no repetición: no se pierden beneficios por reincidir en actividades delictivas, tampoco se pierden beneficios si la persona desmovilizada no colabora en la desmovilización del grupo armado, y no se toman medidas para evitar que quienes acceden a los beneficios continúen delinquiendo”.

Según los demandantes, las expresiones acusadas implican que los desmovilizados a quienes se apliquen las penas alternativas no están obligados a cesar por completo sus actividades ilícitas para efectos de beneficiarse de la reducción en la pena correspondiente.

Expresan que el inciso 4º, para efectos de respetar adecuadamente los derechos de las víctimas y lograr el objetivo de paz que persigue, debe ser ajustado en forma tal que la comisión de cualquier delito doloso durante el período de libertad a prueba conlleve la pérdida del beneficio de la pena alternativa. Por su parte, consideran que el inciso 5º contiene una omisión legislativa relativa, puesto que no establece las condiciones a las que se debe someter el desmovilizado después de haber cumplido el término de libertad a prueba: *“Una vez cumplido el término de libertad a prueba, las personas desmovilizadas deben adquirir compromisos que respondan adecuadamente a la razón de ser de su desmovilización, es decir, deben comportarse de manera que la rebaja de las penas de la cual se beneficiaron tenga como contraprestación una efectiva contribución a la paz. Por lo tanto, el compromiso de la persona desmovilizada debe ser el de no cometer ningún delito doloso, por lo menos durante el tiempo de la pena principal”*.

En consecuencia, formulan los peticionarios la siguiente solicitud a la Corte:

“- Declarar la inconstitucionalidad de las expresiones ‘los’ y ‘por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley’, subrayadas del inciso 4º del artículo 29 de la ley 975 de 2005.

- Declarar la omisión legislativa relativa del inciso 5º del artículo 29, indicando que la persona desmovilizada se compromete a no cometer ningún delito doloso durante el tiempo de la pena principal, pues de lo contrario perderá el beneficio de la pena alternativa”.

6.2.1.7.3. En cuanto al artículo 29, observa la Corte que tal como está redactado el inciso 4º, el compromiso que adquiere el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba consiste en *“no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”*. Esta expresión comporta una desproporcionada afectación del valor justicia y del derecho de las víctimas a la no repetición, por cuanto permite la coexistencia del

beneficio de reducción de pena con fenómenos de reincidencia en relación con delitos distintos a aquellos por los cuales fue condenado. Ningún aporte a la paz o a la justicia puede hacer una medida permisiva de esta naturaleza. Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz. Los propósitos de resocialización y de reinserción que animan estos beneficios se tornan inocuos con una expresión como la que se cuestiona. La comisión intencional de un nuevo delito durante el período de libertad a prueba, cualquiera que sea su naturaleza, genera la revocatoria del beneficio. Por ser violatorias del valor justicia y de los derechos de las víctimas a la no repetición, sin que correlativamente implique promoción de la paz, la Corte declarará la inexecutable de las expresiones “los” y “por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley” del inciso 4° del artículo 29.

6.2.1.7.4. En cuanto al inciso 5° del artículo 29, los demandantes acusan una omisión del legislador que consideran inconstitucional, consistente en que la norma no incluye el compromiso de la persona desmovilizada de no incurrir en ningún delito doloso durante el tiempo de la pena principal.

6.2.1.7.5. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia en materia de omisiones del legislador, la Corte sólo tiene competencia para pronunciarse respecto de aquellos cargos que se basan omisión relativa.³ Una omisión es relativa, ha dicho la Corte, “cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen

³ En la sentencia C- 543 de 1996, la Corte estableció las clases de omisiones en que puede incurrir el legislador – absoluta y relativa -, y señaló la imposibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las denominadas omisiones absolutas, admitiendo este mecanismo de control únicamente respecto de las omisiones legislativas de naturaleza relativa. En posteriores pronunciamientos (C-427 de 2000, C-1549 de 2000; C- 041 de 2002, C-185 de 2002, C- 871 de 2002) se ha reiterado esta regla jurisprudencial.

que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente"⁴. Estas omisiones frecuentemente conducen a violaciones del derecho a la igualdad⁵ o el derecho al debido proceso.⁶

6.2.1.7.6. Encuentra la Corte que la omisión que acusan los demandantes no se refiere a una materia que pueda ser vinculada normativamente con la disposición acusada. En efecto los demandantes consideran que el legislador debió incluir en un segmento normativo que regula la extinción de la pena principal o la revocatoria de la libertad a prueba, un presupuesto para la revocatoria del beneficio. De manera que el contenido normativo que los demandantes echan de menos no guarda una relación directa y específica con el segmento demandado, presupuesto elemental para que prospere un cargo por omisión legislativa.

Si bien no procede declarar que hubo una omisión legislativa relativa, la Corte estima pertinente subrayar que, en lo que respecta al condicionamiento solicitado por los demandantes, este resulta innecesario habida cuenta de que la Corte declaró inconstitucional las expresiones del inciso cuarto recién indicadas. Dicha inconstitucionalidad obedece a la necesidad de asegurar que quienes se han beneficiado de la alternatividad penal no incurran en conductas delictivas intencionales con posterioridad a la concesión del beneficio. Obviamente, la revocación del beneficio y la pérdida de la libertad a prueba no operan de manera automática. Corresponde al juez competente analizar en cada caso la trascendencia del delito cometido y las circunstancias del mismo, a la luz de los propósitos de la Ley 975/05, con el fin de determinar si se ha violado el derecho de las víctimas a la no repetición.

Por otra parte, el inciso quinto que se acusa plantea problemas jurídicos diferentes, atinentes a la garantía del derecho a la verdad, asunto que la Corte abordará en el acápite de esta providencia sobre dicho derecho.

⁴ Cfr. Sentencia C- 041 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, criterio reiterado en la sentencia C-528 de 2003 del mismo Despacho.

⁵ Sentencias C- 185 de 2001; C-420 de 2000.

⁶ Sentencias C- 540 de 1997; C-041 de 2002.

6.2.1.8. Conclusión respecto de los artículos 3, 20, 24 y 29 (parcial)

En lo que hace a este cargo la Corte declarará la exequibilidad del artículo 3°, por los cargos examinados, en el entendido que la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación, y la no repetición.

Así mismo declarará exequible el artículo 20, por los cargos examinados, salvo la expresión *“pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”*, que se declara inexecutable.

Declarará exequible el artículo 24, por los cargos analizados.

En tanto que declarará inexecutable las siguientes expresiones del inciso cuarto del artículo 29: *“los”* y *“por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”*.

6.2.2. Cargos por presunto desconocimiento del derecho a la verdad, como parte del derecho a la justicia.

En tres cargos separados, los demandantes indican que la Ley 975 de 2005, vulnera el derecho a la verdad del cual son titulares las víctimas de los delitos cometidos por los beneficiarios de dicha ley, así como el derecho a la memoria de la sociedad colombiana en su conjunto. La Corte pasará a estudiar, uno por uno, los cargos formulados, en el orden en el cual fueron presentados en la demanda.

6.2.2.1. Presunto desconocimiento del derecho a la verdad por el artículo 25 de la Ley 975, por “la ausencia de pérdida de beneficios por no confesar todos los delitos cometidos”.

El artículo 25 de la Ley demandada establece lo siguiente:

Artículo 25. Hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto. Si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la presente ley, con posterioridad se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes

vigentes al momento de la comisión de esas conductas, sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley.

Teniendo en cuenta la gravedad de los nuevos hechos juzgados, la autoridad judicial impondrá una ampliación del veinte por ciento de la pena alternativa impuesta y una ampliación similar del tiempo de libertad a prueba.

6.2.2.1.1. En criterio de los demandantes, el aparte subrayado permite a los combatientes que se benefician con la Ley, exonerarse del deber de contribuir a la verdad. Consideran los peticionarios que, en virtud de la norma demandada, para acceder a los beneficios que concede la ley los desmovilizados no están en el deber de contribuir a la verdad, ni siquiera de confesar los delitos sobre los que se aspira a un beneficio judicial; y que el beneficio que se obtuviere como consecuencia de la primera versión libre nunca se perderá, ya que la ley no prevé la figura de pérdida de beneficios. A juicio de los demandantes esta norma *“obstaculiza la realización del derecho a la verdad de las víctimas de los hechos omitidos porque, de esta manera, el combatiente que se desmoviliza no tiene realmente el deber de contribuir a la verdad sobre los hechos que conoce y de los cuales fue partícipe”*. Por lo tanto, tal disposición vulnera la obligación del Estado colombiano de adoptar medidas legislativas para realizar el derecho a la verdad, *“e incluso es contradictoria con principios y disposiciones previstos en el mismo cuerpo de la ley 975 en los que se establece que el objeto de la misma es facilitar los procesos de paz garantizando, entre otros, el derecho a la verdad (arts. 1, 4, 7, 8, 15, 32, 37, 48.1 y 57)”*.

Adicionalmente, en un cargo posterior referido al derecho a la reparación, los demandantes sostienen que la vulneración del derecho a la verdad compromete, a su turno, el derecho a la reparación de las víctimas, en la medida en que, respecto de los delitos no confesados, *“no se establecerán los responsables de los delitos, ni las*

circunstancias en que estos ocurrieron, por lo cual las víctimas no tendrán a quién dirigirse para reclamar por los derechos que les fueron vulnerados". Precisan que la omisión de información sobre los delitos viola el derecho de las víctimas a la reparación, y que tal omisión es especialmente grave cuando los desmovilizados se benefician de significativas rebajas en la pena, *"a cambio de lo cual debería estar obligado a decir la verdad y reparar a las víctimas"*

En consecuencia, solicitan que la Corte declare inexecutable los apartes subrayados, *"y que, por el contrario, señale que el ocultamiento de la verdad tiene como consecuencia la pérdida del beneficio de la pena alternativa para el delito confesado y la imposibilidad de acceder a tal beneficio para el delito conocido posteriormente a la sentencia o el indulto"*.

6.2.2.1.2. El Ministerio del Interior y de la Justicia considera que la norma demandada es executable pues, en su criterio, la omisión intencional del desmovilizado le genera consecuencias penales que se convierten en incentivos para que las personas confiesen todos sus delitos. A este respecto señala que la norma parcialmente demandada debe interpretarse sistemáticamente con los artículos 15 y 16 de la Ley que ordenan a la Fiscalía investigar los delitos cometidos por quienes se acogan a la Ley.

6.2.2.1.3. No obstante, algunos intervinientes, como el Centro Internacional para la Justicia Transicional, señalan que la disposición acusada vulnera los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y las obligaciones del Estado en esta materia. Al respecto, luego de referirse a la protección del derecho a la verdad en los tratados internacionales ratificados por Colombia, trae a colación la experiencia sudafricana en la cual, a cambio de la amnistía o el indulto por los delitos cometidos, se exigía a los perpetradores que revelaran pública e integralmente los hechos criminales en los cuales habían estado involucrados. Quienes no se acogían a las leyes de amnistía en el término definido por estas o quienes no revelaban integral y públicamente la verdad de lo sucedido, perdían los beneficios y eran enjuiciados conforme a la legislación criminal ordinaria. Estas revelaciones permitieron a la sociedad sudafricana reconocer toda la dimensión de los delitos cometidos, ayudaron decisivamente a la reparación a las víctimas y permitieron al Estado

adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición de los hechos. Al respecto, terminan su intervención señalando que “el caso Sudafricano demuestra que la contribución de los perpetradores al esclarecimiento de los hechos se consigue con una serie de incentivos asociados con el riesgo serio del enjuiciamiento y el ejercicio pleno de la jurisdicción por parte del Estado”.

6.2.2.1.4. Por su parte, el Procurador General de la Nación encuentra que la parte demandada del artículo 25 de la Ley 975 de 2005 debe ser declarada inexecutable. A su juicio, el Estado tiene la obligación constitucional irrenunciable de promover el derecho a la verdad de la sociedad y de las víctimas. Considera que la disposición demandada viola tal obligación en la medida en que, por su conducto, el Estado renuncia a castigar en debida forma a quienes “en un momento tuvieron la oportunidad de contribuir con los fines estatales y no lo hicieron”. En su criterio, la declaratoria de inexecutable del aparte demandado logra una ponderación constitucional más adecuada entre el derecho de la sociedad a la paz y el derecho de las víctimas y de la propia sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

6.2.2.1.5. Análisis conjunto de los artículos 17 parcial, 25 parcial y 29 parcial de la Ley 975 de 2005

En los términos que han sido descritos y especialmente a partir de la lectura integral de la Ley, tal y como lo solicita el Ministerio del Interior y de la Justicia, la Corte encuentra que para poder realizar el análisis constitucional de la disposición parcialmente demandada es necesario, estudiarlos en conjunto. En efecto, el artículo 25 de la Ley demandada consagra la consecuencia de incumplir uno de los requisitos procesales necesarios para acceder al beneficio de que trata la Ley 975 de 2005. Tal requisito se encuentra consagrado en el artículo 17 de la citada Ley⁷ - artículo que también ha sido objeto

⁷ ARTÍCULO 17. VERSIÓN LIBRE Y CONFESIÓN. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento. En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y

de cuestionamiento en la presente demanda -, según el cual, para obtener los beneficios penales por los delitos cometidos, las personas elegibles que quieran someterse a la ley deberán rendir versión libre sobre los hechos de los cuales la Fiscalía tenga conocimiento y los otros “por los cuales se acojan a la presente Ley”.

Ahora bien, si al rendir la “versión libre” de que trata el artículo 17, las personas no confiesan todos los hechos delictivos en los cuales estuvieren comprometidas, “cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización”, es decir, en su condición de integrantes de un grupo armado específico al margen de la ley, en un lugar determinado del territorio nacional, se aplican entonces las disposiciones demandadas del artículo 25.

Como quedo visto, los demandantes, algunos de los intervinientes y el Procurador General de la Nación consideran que conferir beneficios penales sustantivos a quienes han cometido delitos que por su gravedad no son amnistiabiles ni indultables, sin pedirles a cambio que le entreguen al Estado y a las víctimas toda la información sobre los delitos perpetrados, viola el derecho a la verdad de los afectados y el derecho a la memoria de la sociedad. El cargo, como puede fácilmente advertirse, persigue que la Corte declare inconstitucional la concesión de beneficios penales sustantivos a cambio de la confesión parcial de los hechos. De lo anterior resulta claro que la regla que se impugna se encuentra contenida tanto en el artículo 17 – cuestionado en otros capítulos de la demanda – como en el aparte demandado del artículo 25. En efecto, de prosperar los cargos de la demanda, ninguna coherencia tendría impedir

lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo. La versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscales de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

que se concedieran beneficios a quienes no han realizado una confesión completa pero no exigirle a quienes persiguen la aplicación de la Ley que confiesen integralmente los hechos criminales en los que incurrieron.

El análisis anterior sobre la garantía del derecho a la verdad de las víctimas, plantea una cuestión adicional que puede ser sintetizada de la siguiente manera: ¿la persona que ha sido beneficiaria de la alternatividad penal, a la cual se le compruebe que ha ocultado un delito significativo a la luz de los propósitos de la Ley 975/05, puede en todo caso conservar el beneficio que le fue concedido? El artículo 29, en su inciso quinto, señala las condiciones en las cuales, durante el periodo de libertad a prueba, se habrá de revocar el beneficio de alternatividad concedido. No obstante, dicha norma no hace explícito el requisito consistente en que se haya revelado de manera plena y fidedigna, al rendir la versión libre, la comisión de todos los delitos con ocasión de la pertenencia de la persona al bloque o frente específico al cual perteneció.

En efecto, según el artículo 29, al comprobarse que se incumplieron los requisitos procesales para acceder al beneficio de la alternatividad, el procesado queda obligado a cumplir la pena ordinaria que debió haber sido impuesta en la sentencia en virtud de la definición de “alternatividad penal” (artículos 3, 24 y 29). Si, como lo indican los demandantes, uno de los requisitos es la confesión plena de los delitos cometidos, la consecuencia de su incumplimiento demostrada durante el periodo de libertad a prueba sería la pérdida del beneficio concedido. Por tales razones, la Corte se pronunciará en el presente apartado sobre tres artículos demandados de manera separada: el artículo 17 parcial, el artículo 25 parcial y el artículo 29 parcial, en cuanto respecta a los requisitos para gozar del beneficio de la libertad a prueba.

6.2.2.1.6. Problema jurídico

Se pregunta la Corte si es constitucional la norma que, a cambio de una reducción sustantiva de la pena efectiva a cumplir (alternatividad penal) exige, para el otorgamiento del beneficio, el reconocimiento de los delitos que le son imputados por el Estado o

aquellos que el implicado voluntariamente quiere confesar, pero no ordena la confesión integral de todos los hechos criminales en los cuales la persona hubiere participado en su condición de integrante de un grupo armado específico y confiere beneficios penales adicionales respecto de estos delitos no confesados cuando el Estado no pueda demostrar que la omisión fue intencional.

En otras palabras, se pregunta la Corte si viola los derechos de las víctimas la norma que, con la finalidad de alcanzar la paz, otorga beneficios penales sustantivos mediante un esquema de alternatividad penal, sin exigir que la persona beneficiada confiese la totalidad de los delitos cometidos, y confiere beneficios penales adicionales respecto de los delitos que originalmente no fueron confesados, siempre que el Estado no pueda demostrar que la omisión fue intencional.

6.2.2.1.7. Estudio del problema jurídico planteado

6.2.2.1.7.1. Como ya se mencionó, la Ley 975 de 2005 constituye una de las piezas más importantes del marco jurídico de los procesos de paz en Colombia. Para incentivar estos procesos, la ley establece una reducción sustantiva de las penas de cárcel para quienes han cometido delitos de suma gravedad. En efecto, las personas responsables de tales delitos en el derecho nacional podrían llegar a ser acreedoras a una pena hasta de 60 años de cárcel y en el derecho penal internacional podrían tener, incluso, cadena perpetua. Sin embargo, la ley colombiana les otorga el beneficio de una pena efectiva que va entre 5 y 8 años, lo cual, sin duda, afecta derechos y principios constitucionales como el derecho a la justicia de las víctimas y de la sociedad y el principio de igualdad.

6.2.2.1.7.2. No obstante, como lo ha señalado la Corte, con esta sustantiva reducción de las penas se persigue una finalidad constitucionalmente imperativa que no es otra que la búsqueda de la paz. En este sentido no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. En efecto, como ya se mencionó, en la ponderación de bienes cons-

titucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales.

6.2.2.1.7.3. Respecto a este último asunto, la Corte ya ha indicado que los procesos de negociación con grupos irregulares deben respetar unas normas mínimas, cuyo núcleo esencial, por mandato de la propia Constitución, aparece como el límite constitucional inquebrantable del ejercicio del poder de negociación del Estado (arts. 5, 93, 94, 150-17, 201-2 y 214 de la Carta). Estas normas mínimas, reconocidas adicionalmente en disposiciones internacionales que han sido libre y soberanamente incorporadas al derecho interno, vinculan al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones irrenunciables relacionadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a la prevención de los delitos cometidos, es decir, a la real consolidación de la importante finalidad buscada por este tipo de leyes.

6.2.2.1.7.4. En los términos establecidos en la primera parte de esta providencia, la tarea que la Corte debe adelantar es la de identificar si la limitación que las normas demandadas producen sobre el derecho a la justicia – en particular sobre el componente de verdad individual y colectiva que incorpora este derecho – es proporcionada. Este juicio, como se indicó, resulta de identificar si los medios diseñados por el Legislador para alcanzar los fines legítimos que pretende alcanzar, son adecuados para alcanzarlos y si tales medios no implican una afectación manifiestamente desproporcionada de otros derechos constitucionales. Al respecto resta señalar que, según la doctrina constitucional, es manifiestamente desproporcionada toda norma que traspase los límites mínimos o no negociables, que la Carta impone a la facultad de configuración legislativa del Congreso en cualquier tiempo.

6.2.2.1.7.5. Las normas demandadas establecen que las personas que han cometido delitos en su condición de integrantes de

grupos armados específicos tienen derecho a una disminución sustantiva de la pena efectiva a cumplir. Para obtener este beneficio parecería, según una interpretación, que no tienen que confesar todos los delitos en los cuales hubieren participado como miembros de un bloque o frente. Podrían limitarse exclusivamente a reconocer los delitos cuya responsabilidad les es adjudicada por el Estado sin aportar ninguna información adicional. Si en el futuro el Estado encuentra que no confesaron todos los delitos, la persona no pierde los beneficios que ya le han sido impuestos respecto de los delitos cuya autoría aceptó. Adicionalmente, puede acceder a nuevos beneficios respecto de los delitos no confesados, si el Estado no puede demostrarle que la omisión fue intencional. La Corte estima que esta regulación desconoce el derecho de las víctimas a la verdad, cuya dimensión constitucional e internacional fue anteriormente reiterada (apartado 4).

6.2.2.1.7.6. El contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad protege, en primer lugar, el derecho a que los delitos más graves sean investigados. Esto implica que tales delitos deben ser investigados y que el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación seria acorde con la normatividad nacional e internacional. Una de las formas de violación de este derecho es la inexistencia de medidas que sancionen el fraude a la justicia o sistemas de incentivos que no tomen seriamente en cuenta estos factores ni promuevan seria y decididamente la consecución de la verdad.

6.2.2.1.7.7. Adicionalmente, el derecho a la verdad incorpora el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos. Todo esto conduce a que la víctima vea públicamente reconocido su dolor y su plena ciudadanía en términos de su reconocimiento como sujeto de derechos. Así mismo, conduce a que las personas afectadas puedan saber, si así lo desean, las razones y condiciones en las cuales se cometió el delito.

6.2.2.1.7.8. De otra parte, cuando se trata del delito de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad apareja el derecho a

conocer el destino final de la persona desaparecida. Según lo ha establecido la jurisprudencia internacional, mantener a los familiares de una víctima de desaparición forzada en la incertidumbre sobre el destino de su ser querido, vulnera el derecho a no ser sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes.

6.2.2.1.7.9. Naturalmente todos estos derechos comportan el deber irrenunciable del Estado de investigar de manera seria y exhaustiva los delitos cometidos y de informar sobre el resultado de sus investigaciones.

6.2.2.1.7.10. En cuanto se refiere a la dimensión colectiva de la verdad, su contenido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Para ello, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica. Un sistema que no beneficie la reconstrucción de la verdad histórica o que establezca apenas débiles incentivos para ello, podría comprometer este importante derecho.

6.2.2.1.7.11. Como lo ha señalado la Corte, en un Estado constitucional de derecho como el colombiano, la protección mínima de este plexo de derechos no puede ser desconocida en ninguna circunstancia. En otras palabras, los poderes públicos no están autorizados para desconocer estos derechos en nombre de otro bien o valor constitucional, pues los mismos constituyen el límite al poder de configuración del congreso, de gestión del gobierno y de interpretación judicial. Se trata, como se señaló en la parte anterior de esta decisión, de normas constitucionalmente vinculantes para todos los poderes públicos, cuya eficacia no se reduce ni suspende por encontrarse el Estado en tiempos de excepción o en procesos de paz. En efecto, según las disposiciones del bloque de constitucionalidad, el ocultamiento, el silencio o la mentira sobre los delitos cometidos, no pueden ser las bases de un proceso de negociación que se ajuste a la Constitución. Sin embargo, el relato genuino y fidedigno de los hechos, acompañado de investigaciones serias y

exhaustivas y del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, pueden ser las bases de un proceso de negociación en el cual, incluso, se admita constitucionalmente la renuncia a la imposición o aplicación plena de las penas que el derecho penal ordinario ha establecido, inclusive para los delitos que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad.

6.2.2.1.7.12. Se pregunta la Corte si las normas demandadas destinadas a permitir la reincorporación a la vida civil de personas que han cometido graves delitos, constituyen mecanismos procesales adecuados para satisfacer el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, - a quienes se impone una limitación de su derecho a la justicia -, a que (1) el delito cometido contra ellas sea reconocido por el Estado e investigado en un tiempo razonable; (2) se conozca a los responsables del mismo; y (3) se establezcan las causas y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se cometió. Adicionalmente, se pregunta la Corporación si dichos mecanismos legales servirán adecuadamente a la reconstrucción del fenómeno macrocriminal y a la investigación de los delitos, incluidos los que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad.

6.2.2.1.7.13. Como ya ha sido señalado, el Estado está obligado a adoptar todos los mecanismos jurídicos a su alcance para satisfacer plenamente los derechos que han sido mencionados. La cuestión reside entonces en definir si en el presente caso el Estado está honrando tales obligaciones o si, por el contrario, está renunciando al deber de adoptar todas las medidas a su alcance para que los procesos judiciales puedan satisfacer el derecho a la verdad.

6.2.2.1.7.14. Para la Corte, la ley demandada no establece claramente los mecanismos judiciales necesarios y suficientes para que se pueda esclarecerse el fenómeno macrocriminal que se afronta. Tampoco establece mecanismos judiciales que aseguren la revelación de la verdad sobre los delitos concretos cometidos por los integrantes de los grupos específicos que se desmovilicen. En efecto, las personas que se acogerán a los beneficios de la ley, tienen la única obligación de aceptar los delitos que el Estado esté en capacidad de

imputarles. Esto es importante para satisfacer los derechos afectados y reconstruir la historia de lo sucedido, pero es completamente insuficiente para garantizar el contenido constitucional mínimo del derecho a la verdad.

6.2.2.1.7.15. En primer lugar, los mecanismos diseñados por la Ley no promueven efectivamente la revelación plena de la verdad. Estos mecanismos no le asignan una consecuencia a la mentira o al ocultamiento de hechos graves que el Estado no ha podido dilucidar, ni incentivan la revelación completa y fidedigna de la verdad sobre los delitos cometidos como integrantes de tales grupos específicos. Dos son las razones que soportan esta afirmación. En primer lugar, el sistema diseñado por la Ley no establece como consecuencia de versiones falsas o incompletas, la pérdida de beneficios penales conferidos durante el periodo de libertad a prueba, lo cual conduce a que la reducción de la pena efectiva a cumplir se mantenga a pesar de no haberse revelado toda la verdad. En segundo término, la carga para quien ha mentado o dejado de aportar datos importantes para dismantelar el grupo específico al que pertenecieron, y esclarecer los hechos, incluso, puede ser inexistente y en el peor de los casos para dicha persona no superará los 4 años y 6 meses de privación efectiva de la libertad. Entra la Corte a explicar estas cuestiones.

6.2.2.1.7.16. Conforme a la ley acusada, la falta de una confesión fidedigna o completa no tiene ningún efecto sobre los beneficios ya concedidos. Si la persona aceptó la comisión de una serie de delitos pero omitió relatar los hechos sobre otros delitos cometidos en su condición de integrante del grupo armado específico o incluso mintió al respecto, en nada afectará este comportamiento los beneficios conferidos sobre los delitos que la persona aceptó. En efecto, los beneficios respecto de cada delito no dependen de que la confesión sea completa o fidedigna. Solo dependen, según la ley acusada, de que se acepten todos los cargos que el Estado está en capacidad de imputar.

Lo que puede ocurrir, según la Ley, es que la persona que no confesó un delito sea nuevamente juzgada, pero exclusivamente

por los nuevos delitos que se le imputan. Este nuevo proceso no afectará para nada el beneficio ya otorgado respecto de los delitos cuya responsabilidad la persona aceptó y por los cuales fue previamente condenado al pago efectivo de la pena alternativa.

6.2.2.1.7.17. Ahora bien, respecto de los nuevos delitos que hubieren sido revelados por las investigaciones del Estado y no por la colaboración de sus autores, se aplicará el derecho penal ordinario siempre que se demuestre que la omisión en la confesión no fue intencional, conforme a la ley acusada. Como la prueba sobre este hecho no puede radicar en quien dejó de confesar tales delitos, dado que de ninguna manera el derecho admite la obligación de probar negaciones indefinidas, corresponderá entonces al Estado aportar las pruebas que demuestren, de manera fidedigna, que la omisión fue intencional. Si no es posible aportar esta prueba y la persona se acoge a los nuevos cargos, tendrá derecho a que, nuevamente, se le apliquen los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005. Así las cosas, la persona responsable de delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos antes de su desmovilización que en su momento no confesó, será probablemente beneficiada nuevamente con la pena alternativa, según la ley acusada.

6.2.2.1.7.18. Dado el fenómeno de acumulación de penas alternativas que la ley establece, la nueva condena – por delitos que podrían consistir en masacres, desplazamiento forzado o secuestros masivos - podría no aparejar una pena efectiva de prisión. En efecto, dado que la ley establece que la nueva pena alternativa no solo se acumula jurídicamente a la primera pena alternativa impuesta sino que en ningún caso esta acumulación puede exceder el máximo de 8 años de que trata la ley, lo cierto es que puede perfectamente ocurrir que la persona ya hubiere pagado la pena máxima de 8 años. Por lo tanto, pese a ser objeto de una nueva pena alternativa, no estaría obligada a pagar un sólo día de prisión dado que la pena efectiva no puede superar los 8 años.

6.2.2.1.7.19. Esta descripción muestra claramente que la Ley no diseña un sistema de incentivos efectivos que promueva la revelación plena y fidedigna de la verdad. En efecto, la persona que

miente o que omite esclarecer los hechos criminales en los cuales ha estado comprometida con ocasión de su pertenencia al bloque o frente sabe que en un nuevo proceso puede ser objeto de generosos beneficios hasta el punto de que quede completamente relevada de pagar un solo día de cárcel. Sin embargo, por las razones que la Corte entra a explicar, la colaboración plena y fidedigna de los perpetradores es una medida indispensable para satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad y el interés de la sociedad en la construcción de memoria histórica.

6.2.2.1.7.20. No puede perderse de vista que esta Ley está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos. Por las dificultades que implican estas investigaciones, en muchos casos la actuación estatal no basta para que estos delitos sean totalmente esclarecidos o su autor identificado. La manipulación de las pruebas, el amedrentamiento y asesinato de testigos, investigadores y jueces, el terror sobre la población, son medidas que los grupos armados ilegales, con capacidad de cometer estos delitos, han adoptado para esconder la dimensión y las pruebas de los mismos. En este sentido no parece irrelevante recordar que en múltiples casos la comisión de graves delitos ha quedado impune. Por esta razón no es posible afirmar, categóricamente, que el Estado, años después de los delitos cometidos, revelará, gracias exclusivamente a sus propias investigaciones, la verdad sobre los mismos. Fosas comunes en lugares inhóspitos, desplazamiento de poblaciones que se han dispersado por todo el territorio nacional, en fin, múltiples delitos podrán quedar en el silencio y el olvido si sus propios perpetradores, aquellos que han decidido acogerse a un proceso de paz y que tienen la intención de vivir al amparo y con las garantías y ventajas del Estado de derecho, no los confiesan plenamente.

6.2.2.1.7.21. Por las razones que han sido expresadas, en casos como estos, además de confiar en la voluntad de buena fe de quienes deciden entrar a la legalidad, el Estado debe adoptar mecanismos procesales idóneos para asegurarse que las personas a quienes se beneficia a través de la imposición de penas alternativas reduci-

das respecto de los delitos cometidos, colaboren eficazmente en la satisfacción de los derechos a la verdad de sus propias víctimas. De esta manera, las personas que tendrán los beneficios que supone vivir en un Estado de derecho, tendrán también las cargas proporcionales que el derecho les impone. Así se logra ponderar el derecho a la paz y los derechos de las víctimas, en especial el derecho a la verdad. De otra forma el Estado estaría renunciando a su deber de adelantar investigaciones serias y exhaustivas sobre los hechos dentro de un plazo razonable, y estaría sacrificando desproporcionadamente el derecho de las víctimas a conocer la verdad integral y fidedigna de lo ocurrido.

6.2.2.1.7.22. En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición. El secreto sobre lo ocurrido, la manipulación de la verdad y la negación de graves delitos cometidos por tales grupos no sólo compromete los derechos de cada una de las personas que ha tenido que sufrir el dolor de la violación de sus derechos sino el interés de la sociedad entera en conocer lo ocurrido en toda su magnitud y a adoptar medidas para que nunca más esos delitos vuelvan a ocurrir.

6.2.2.1.7.23. En resumen, la ley demandada en los artículos analizados no incorpora mecanismos idóneos para que efectiva y realmente pueda satisfacerse el derecho a la verdad. De una parte las personas que se limiten a reconocer los delitos que el Estado les impute como integrantes de tales grupos pero que no confiesen delitos adicionales anteriores a la desmovilización del grupo específico al cual pertenecían y cometidos con ocasión de la acción del respectivo bloque o frente no pierden los beneficios que la ley les confiere sobre los delitos reconocidos. Pese al silencio y el ocultamiento, si el Estado no llega a identificarlos como autores de otros delitos, ellos seguirán gozando de los beneficios que la ley les otorga, a pesar de que se encontrará gravemente afectado el derecho a

la verdad de las víctimas de tales delitos. Pero si el Estado llegare a demostrar la vinculación de estas personas con otros delitos con ocasión de su pertenencia al grupo armado específico antes de la desmovilización, tiene, adicionalmente, que probar que la omisión en la confesión fue intencional. De otra manera, se le aplicarán al perpetrador nuevamente los beneficios que la ley contempla. En esos términos, la persona sería condenada a pagar una “pena alternativa” que puede, incluso, suponer la libertad inmediata.

6.2.2.1.7.24. Cuando se trata del ocultamiento de delitos, inclusive tan graves como masacres, secuestros masivos, asesinatos y desapariciones, bombardeo de pueblos o de lugares de culto, reclutamiento masivo de menores, entre otros, el tránsito de sus autores a la vida civil estimulado por el beneficio de la reducción de la pena efectiva a cumplir supone, cuando menos, que estos satisfagan de manera completa y fidedigna el derecho de las víctimas a la verdad.

6.2.2.1.7.25. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable el inciso segundo y el siguiente apartado del inciso primero del artículo 25 de la ley demandada: *“sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley.”*

6.2.2.1.7.26. Adicionalmente, y bajo estos mismos supuestos, en la parte resolutive de esta providencia, se declarará executable, por los cargos analizados, el artículo 17, en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz.

6.2.2.1.7.27. Advierte la Corte que el inciso quinto del artículo 29, orientado a regular los supuestos de revocatoria de la libertad a prueba y del beneficio de alternatividad penal, emplea una expresión demasiado amplia, v.gr., “cumplidas estas obligaciones”. Tales obligaciones pueden ser las del inciso inmediatamente anterior, lo cual dejaría completamente desprotegido el derecho de las víctimas

a la verdad. En cambio, el inciso segundo de dicho artículo alude a “las condiciones previstas en esta ley”, lo cual comprende múltiples requisitos, sin especificar cuáles. Esto es especialmente importante en lo que respecta al derecho a la verdad, que sería burlado si el condenado pudiera mantener el beneficio de la pena alternativa a pesar de que se descubra, algún delito cometido con ocasión de su pertenencia al grupo armado específico, imputable al beneficiario y que éste hubiere ocultado en su versión libre. Según esta interpretación, el beneficiario de la alternatividad continuaría gozando de la pena alternativa a pesar de haber ocultado, no cualquier delito, sino uno en el cual hubiere participado como miembro del bloque o frente al cual pertenecía. Cuando dicho delito ocultado estuviere, además, relacionado directamente con su pertenencia al grupo específico desmovilizado, o del cual individualmente decidió separarse para desmovilizarse, admitir que el condenado conserve el beneficio resulta manifiestamente desproporcionado. En efecto, esta interpretación tornaría la alternatividad inoperante e ineficiente frente a los fines de la justicia, y afectaría en exceso el derecho a la verdad. Por estas razones la Corte declarará exequible el inciso 5º del artículo 29 en el entendido de que también se revocará el beneficio de alternatividad cuando el beneficiario haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo.

Ahora bien, como el propósito de la ley es promover la paz y proteger, en este aspecto, el derecho de las víctimas a la verdad esencialmente, no basta para que se revoque el beneficio concedido que, durante el periodo de libertad a prueba, alguien alegue que se ocultó la verdad en la versión libre o que denuncie al beneficiario por la comisión de un delito cualquiera no mencionado en dicha versión libre. El delito ocultado debe ser real, no fruto de la imaginación o la sospecha, lo cual exige que exista una sentencia judicial que otorgue certeza durante el periodo de libertad a prueba sobre la comisión del delito ocultado. La existencia de una sentencia judicial es importante, porque implicará para el condenado cumplir una pena ordinaria de larga duración, dada la magnitud de

los delitos cometidos, lo cual presupone que exista certeza sobre su participación en tales delitos. Además, el delito ocultado sobre el accionar del bloque o frente debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad, como pilar de la reconciliación, aspecto que debe ser valorado por el juez de tal forma que la revocación del beneficio, posible durante el periodo de libertad a prueba, sea necesaria a la luz de los propósitos que justifican la Ley 975/05.

6.2.2.1.7.28. Así, la Corte habrá de declarar exequible el inciso quinto del artículo 29, en el entendido de que también se revocará el beneficio cuando se haya ocultado en la versión libre la participación del individuo desmovilizado como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo. En la medida en que el beneficio de la alternatividad penal estimule la revelación de la verdad de los delitos cometidos por la persona en su condición de integrante de un grupo armado al margen de la ley específico, la limitación del derecho a la justicia resultante de la reducción de la pena efectiva a cumplir, en las condiciones mencionadas, es un medio idóneo para promover el derecho a la verdad. Por el contrario, si el beneficio penal es irrevocable, aun en las circunstancias en que el miembro de un bloque o frente oculte su participación en la comisión, no de un delito cualquiera, sino precisamente de uno que guarda relación directa con su pertenencia a dicho grupo específico y cometido con ocasión de su vinculación al mismo, la afectación del derecho a la verdad de las víctimas sería manifiestamente desproporcionada. De ahí la necesidad del condicionamiento enunciado, el cual será plasmado en la parte resolutive de esta sentencia.

6.2.2.1.7.29. En suma, en virtud de las decisiones adoptadas y en aplicación estricta de la Constitución, los beneficios penales que la Ley demandada permite que se conceda a quienes han cometido delitos de suma gravedad, sólo pueden conferirse a quienes han satisfecho de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, de lo cual depende, también, la satisfacción del interés de la sociedad en construir memoria colectiva sobre lo acontecido durante

el conflicto armado. Para eso deben haber confesado, de manera completa y veraz, todos los hechos criminales en los cuales han participado como integrantes de tales grupos. A este respecto, sin embargo, es necesario recordar que, según la jurisprudencia de la Corte, el Estado debe garantizar que la confesión sea plenamente conciente, libre y voluntaria. De otra forma se estaría vulnerando el derecho a la no autoincriminación⁸.

6.2.2.1.7.30. De esta manera, respecto de estos artículos la Corte considera protegidos armónicamente tanto el derecho a la verdad de las víctimas como el derecho a la paz. Finalmente, no sobra recordar que, en todo caso, tanto en los procesos de diseño de normas legislativas como en las actuaciones políticas o administrativas y en la adopción de decisiones judiciales, los servidores públicos deben buscar la satisfacción integral del derecho a la verdad en los términos que ha sido establecido por esta Corporación.

6.2.2.2. Violación del derecho a la verdad por el artículo 10 de la Ley 975, por haberse omitido “estipular la obligación de los desmovilizados de señalar el paradero de personas desaparecidas”.

6.2.2.2.1. La demanda cuestiona el numeral 6 del artículo 10 de la Ley 975/05, que dispone:

“Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1. Que el grupo armado organizado de que se trate se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2. Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

⁸ Confrontar al respecto las sentencias C-411 de 1993, C-425 de 1996, C-227 de 1998.

10.3. Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4. Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5. Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6. Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo”.

Esta norma define los requisitos de elegibilidad para el evento de las desmovilizaciones colectivas, es decir, cuando un grupo armado específico decide iniciar su proceso de reincorporación a la vida civil. El requisito de elegibilidad consiste en liberar a los secuestrados que se hallen en poder del grupo específico que se desmoviliza y de sus integrantes.

6.2.2.2.2. Para los demandantes, al aprobar la norma acusada se incurrió en una omisión legislativa relativa, consistente en que no se exige a los combatientes desmovilizados que señalen, al momento de desmovilizarse, el paradero de las personas desaparecidas. Proceden a explicar por qué en el presente caso están dadas las cinco condiciones que ha señalado la jurisprudencia constitucional (sentencia C-185 de 2002) para que se configure una omisión legislativa relativa, a saber: (i) que exista una norma respecto de la cual se predique el cargo, (ii) que dicha norma excluya de sus consecuencias jurídicas casos que, por ser asimilables, deberían estar contenidas en su texto normativo, o que omita incluir un ingrediente o condición que, en virtud de la Constitución, sea esencial para armonizar el texto de la norma con los mandatos de la Carta Política; (iii) que la exclusión de los casos o elementos en cuestión carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que en virtud de la falta de justificación y objetividad aludidas, los casos excluidos

de la regulación legal queden en situación de desigualdad negativa frente a los que sí están amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión resulte del incumplimiento de un deber específico impuesto al legislador por el Constituyente.

6.2.2.2.3. Se pregunta la Corte si, a la luz de las normas constitucionales, el legislador está autorizado para conferir amplios beneficios penales a autores del delito de desaparición forzada, sin exigirles como requisito previo para la obtención de tales beneficios, no solo haber decidido desmovilizarse colectivamente sino que señalen el paradero de las personas de cuya desaparición son responsables.

6.2.2.2.4. Como ya fue explicado en un aparte anterior de esta decisión, el artículo 12 de la Constitución, que prohíbe la desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁹, que hace parte del bloque de constitucionalidad, aparejan, entre otras, la obligación del Estado de investigar seriamente el delito de desaparición forzada de personas e informar a las víctimas y sus familiares sobre el resultado de las investigaciones y el destino de las personas desaparecidas. Este deber es de cumplimiento inmediato y oficioso y no exige que las víctimas impulsen o promuevan las investigaciones¹⁰. Adicionalmente, el

⁹ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará. Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Ver al respecto las normas y la jurisprudencia coitada en el aparte anterior de esta providencia. En particular se pueden consultar, entre otras, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Godínez Cruz vs. Honduras o en el caso Al respecto dice la citada decisión: “El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.” Y mas adelante continúa: “En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser

cumplimiento satisfactorio de este deber exige que el Estado adopte las medidas que sean necesarias para dar con el paradero de las personas desaparecidas en el menor tiempo posible, pues la dilación de la investigación o de la entrega de información a las personas interesadas aparece, a su turno, una violación del derecho a no ser objeto de tratos crueles en cabeza de los familiares de la persona desaparecida, como lo reiteró la Corte al revisar el proyecto de ley estatutaria sobre el mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas¹¹.

6.2.2.2.5. En esa medida resulta inconstitucional que el Estado colombiano otorgue beneficios penales a personas que son responsables del delito de desaparición forzada, sin que exija, como condición para el otorgamiento del beneficio, además de que hayan decidido desmovilizarse en el marco de esta ley que los responsables del delito hubieren indicado, desde el momento en el que se define su elegibilidad, el paradero de las personas desaparecidas. En efecto, tal y como se señaló en el caso anterior, el Estado no puede renunciar a utilizar todos los mecanismos a su alcance para prevenir delitos de suma gravedad y, en el caso en el cual se hubieren cometido, para interrumpir sus efectos sobre la víctima o sobre sus familiares.

6.2.2.2.6. En este sentido es importante reconocer que la obligación de liberar a las personas secuestradas es de naturaleza similar

infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. Y finalmente señala: “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.”

¹¹ Ver la sentencia C-473 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería).

a la obligación constitucional de revelar el destino de las personas desaparecidas. En efecto, en los dos casos se trata de frenar la violación continua de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la libertad, de las víctimas y a la integridad de sus seres queridos. Sin embargo, no parece existir ninguna razón por la cual el legislador hubiere omitido establecer como requisito de elegibilidad revelar el destino de las personas desaparecidas mientras consagró como condición para acceder a los beneficios de la ley liberar a las personas secuestradas, en el evento de la desmovilización colectiva. Al no existir un principio de razón suficiente para esta distinción y existir sin embargo la obligación irrenunciable del Estado de adoptar todas las medidas para esclarecer este delito en el menor tiempo posible, e informar sobre el paradero de los desaparecidos, no parece constitucionalmente adecuada la exclusión de la que se da cuenta en la presente sentencia.

6.2.2.2.7. En suma, por las razones expresadas tanto en el presente como en el anterior aparte de esta sentencia, la Corte considera que la omisión del legislador de la cual da cuenta la demanda, es el resultado del incumplimiento de un deber constitucional específico en cabeza del Estado. Este deber consiste en adoptar todas las medidas a su alcance para establecer, en el menor tiempo posible, el paradero de las personas desaparecidas. El silencio sobre este requisito a la hora de solicitar la aplicación de la Ley demandada ante la decisión de desmovilizarse colectivamente, equivale a una renuncia del Estado a cumplir este deber, renuncia a la que el legislador no está autorizado.

6.2.2.2.8. En este sentido, es importante advertir que el deber de dar cuenta sobre las personas desaparecidas o secuestradas y su destino, es condición indispensable para la eficacia de los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas y, por lo tanto, debe ser requisito de elegibilidad cuando todo el grupo armado específico decide desmovilizarse colectivamente para acceder a los beneficios penales. De esta forma el Estado satisface su obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para satisfacer los derechos de las víctimas. Adicionalmente, no sobra advertir que esta información debe ser integralmente aportada luego por los integrantes del gru-

po armado específico durante la llamada “versión libre” y, en todo caso, el responsable de estos delitos cuando no conozca el paradero exacto de la persona a quien secuestró o desapareció, está obligado a colaborar eficazmente con la justicia para dar con su paradero. Estas obligaciones, no pueden ser voluntariamente postergadas por el Estado hasta el momento de la sentencia final del juicio criminal. Por el contrario, por la importancia de los bienes jurídicos que protegen y por la especificidad de las normas jurídicas que establecen los deberes del Estado al respecto, deben ser cumplidas desde el momento mismo en el cual comienza, con la decisión de cada bloque o frente, el proceso de desmovilización colectiva y su cumplimiento satisfactorio debe poder ser evaluado durante el proceso.

6.2.2.2.9. A este respecto es pertinente indicar que si la información sobre el paradero de las personas desaparecidas o secuestradas se aporta al comienzo del proceso, los familiares de la víctima tienen distintas oportunidades procesales para verificar su veracidad y promover que la misma sea completa y fidedigna. Desde este punto de vista, exigir que la revelación sobre el destino de los secuestrados y desaparecidos aparezca como condición de elegibilidad para la desmovilización colectiva garantiza el derecho a un recurso efectivo en cabeza de las víctimas, derecho que, como ya se mencionó, hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual crea las condiciones para que el Estado inicie rápidamente la investigación de los responsables del delito de desaparición forzada¹².

6.2.2.2.10. Por las razones mencionadas la Corte no puede encontrar ajustado a la Constitución la decisión de aplazar, hasta el momento de la ejecución de la sentencia judicial, la entrega al Estado y a las víctimas y sus familiares de la información sobre el destino de los desaparecidos, como no lo sería la de aplazar la información sobre el paradero de las personas secuestradas. Según las normas constitucionales e internacionales que han sido citadas, esta información es de tal importancia que debe ser considerada como requisito inicial, a aplicar desde el momento de la decisión de desmovilización adoptada por cada bloque o frente, para acceder a

¹² Ver la sentencia C-317 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

la concesión de los beneficios para la desmovilización colectiva de cada grupo armado específico y su fiabilidad debe poder ser demostrada durante el respectivo proceso penal en cada caso respecto del correspondiente frente o bloque.

6.2.2.2.11. En consecuencia, en defensa de los derechos a la verdad, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a un recurso judicial efectivo, la Corte considera que la omisión del legislador resulta inconstitucional. En consideración a los anteriores argumentos, la Corte declarará exequible el numeral 10.6. del artículo 10 de la Ley demandada, en el entendido que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas.

6.2.2.3. Violación del derecho a la verdad por los artículos 48 (parcial) y 58 (parcial) de la Ley 975/05, por cuanto desconocen la obligación de realizar una difusión completa de la verdad.

6.2.2.3.1. Los actores demandan algunos apartes de los artículos 48 y 58 de la Ley 975/05, que disponen:

“Artículo 48. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir:

49.1 (sic) La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni cree un peligro para su seguridad.

Artículo 58. Medidas para facilitar el acceso a los archivos. El acceso a los archivos debe ser facilitado en el interés de las víctimas y de sus parientes para hacer valer sus derechos.

Cuando el acceso se solicite en interés de la investigación histórica, las formalidades de autorización sólo tendrán la finalidad del control de acceso, custodia y adecuado mantenimiento del material, y no con fines de censura.

En todo caso se deberán adoptar las medidas necesarias para resguardar el derecho a la intimidad de las víctimas de violencia sexual y de las niñas, niños y adolescentes víctimas de los grupos armados al margen

de la ley, y para no provocar más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni crear un peligro para su seguridad.

6.2.2.3.2. Explican los demandantes que, en principio, los artículos transcritos consagran restricciones a la difusión de la verdad y el acceso a los archivos que resultan legítimas y proporcionadas en tanto limitaciones del derecho a la verdad, por cuanto su finalidad es la de no generar más perjuicios para las víctimas y proteger la seguridad de los testigos que han contribuido al esclarecimiento de la realidad. Sin embargo, consideran que los apartes subrayados admiten dos interpretaciones, una de las cuales es inconstitucional.

6.2.2.3.3. En efecto, se afirma que *“una interpretación inconstitucional de esas normas permitiría que se limitara la difusión de la verdad o el acceso a los archivos para evitar ocasionar cualquier tipo de daño a cualquier persona, incluyendo, por ejemplo, a los combatientes desmovilizados o a las personas que los han apoyado. Tal interpretación sería una negación del derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, pues haría prevalecer nuevamente los intereses de los perpetradores sobre los intereses de las víctimas y reafirmaría las condiciones en las que han estado oprimidas. Ello sería especialmente factible si se interpretase como daño, por ejemplo, la afectación moral que padecerían los responsables de los crímenes por el hecho de que la verdad de los hechos sea públicamente conocida, o la afectación moral de otra índole que pudieran padecer personas que no hayan perpetrado directamente los crímenes pero que hayan colaborado, financiado o respaldado la actividad de grupos armados desde esferas públicas, políticas o económicas”.*

6.2.2.3.4. Las disposiciones parcialmente demandadas reiteran el derecho constitucional de acceso a la información pública, y proyectan este derecho como una herramienta para satisfacer el interés en la verdad colectiva del cual es titular la sociedad colombiana. En este sentido, las normas se ajustan a lo dispuesto en la Constitución y al derecho a la verdad que tantas veces se ha mencionado en esta decisión. Sin embargo, las expresiones demandadas parecen establecer una reserva a la publicidad de dicha información.

6.2.2.3.5. En efecto, el numeral 49.1 (sic) del artículo 48 establece que las autoridades directamente comprometidas en el proceso

de reconciliación nacional deberán incluir dentro del catálogo de medidas de satisfacción y no repetición de los hechos delictivos “La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque *más daños innecesarios* a la víctima, los testigos *u otras personas*, ni cree un peligro para su seguridad.”.

6.2.2.3.6. De otra parte, el artículo 58 señala que las autoridades deben adoptar las medidas necesarias para resguardar el derecho a la intimidad de las víctimas de violencia sexual y de las niñas, niños y adolescentes víctimas de los grupos armados al margen de la ley, y para no provocar *más daños innecesarios* a la víctima, los testigos *u otras personas*, ni crear un peligro para su seguridad.

6.2.2.3.7. A juicio de la Corte las expresiones demandas deben ser interpretadas de conformidad con las normas constitucionales en materia de publicidad y reserva de la información pública y en el contexto de la propia Ley demandada. En este sentido, estas disposiciones no pueden entenderse como una cláusula general que autorice a los funcionarios públicos a establecer la reserva de documentos que, en su criterio personal, “generan daños innecesarios” a “otras personas”, pues una autorización de esta naturaleza resultaría inconstitucional. En este sentido, una lectura sistemática de las disposiciones parcialmente demandadas permiten comprender que lo que tales disposiciones hacen es remitir a la aplicación de las normas vigentes que establecen con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva en las condiciones que establece la norma.

6.2.2.3.8. Al respecto la Corte Constitucional ya ha señalado que en principio la Constitución ordena la publicidad y transparencia de todos los documentos y actuaciones públicas. Al respecto, el artículo 74 C.P. establece: “*Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.*”

6.2.2.3.9. En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que

determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla. En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público.¹³

6.2.2.3.10. Desde esta perspectiva, la norma demandada sólo puede interpretarse en el sentido de entender que se trata de una norma que remite a las disposiciones legales que, en cumplimiento de los requisitos mencionados, consagran la posibilidad de la reserva, pues la Constitución no admite la existencia de cláusulas abiertas que establezcan restricciones genéricas o indeterminadas del derecho de acceso a los documentos y la información pública. En efecto, la Carta sólo autoriza restricciones taxativas, plenamente justificadas y cuya aplicación no lesione el contenido esencial de otros derechos constitucionales, en especial el derecho que tienen las víctimas y la sociedad a conocer la verdad.

6.2.2.3.11. En consecuencia, a la luz de la Constitución y en aplicación del principio democrático y específicamente del principio de conservación del derecho, debe sostenerse que las disposiciones demandadas no están estableciendo una cláusula general de reserva sino remitiendo a las otras normas legales vigentes que permiten la reserva de ciertas actuaciones, por ejemplo, para proteger la vida, la integridad y la seguridad de los testigos en casos criminales o garantizar el derecho a la intimidad de los menores o de las víctimas de delitos sexuales. Además, las normas acusadas aportan criterios normativos para su aplicación.

¹³ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-527/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6.2.2.3.12. De otra parte, la Corte encuentra que esta interpretación de las expresiones demandadas es de todo coherente con los principios que orientan la Ley general de la cual hacen parte y, especialmente, con el contenido y la finalidad de las normas específicas que integran.

6.2.2.3.13. En efecto, la Ley que se estudia, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales que vinculan al Estado Colombiano, tiene como propósito promover la reconciliación nacional sobre la base de la reducción de la pena efectiva a cumplir, pero con la condición de que se garanticen los derechos mínimos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En esta medida, el legislador entendió que una de las medidas más importantes para satisfacer los derechos a la verdad y a la reparación, para promover el deber de la memoria colectiva y para asegurar la adopción de medidas adecuadas de no repetición, era la reconstrucción de un relato histórico que pueda nutrirse con las actuaciones que tengan lugar al amparo de la Ley. Por eso dedicó varios artículos a la protección de este derecho y un título completo a la garantía de la memoria.

6.2.2.3.14. Esta decisión legislativa se adecua al marco general establecido por las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Al respecto resulta relevante recordar nuevamente la jurisprudencia del interprete autorizado de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que, en materia de publicidad de la información señaló:

“77. Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.

“78. Por consiguiente, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la

Convención Americana en el presente caso, así como de divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.”¹⁴

6.2.2.3.15. En este sentido, no escapa a la Corte el hecho de que múltiples artículos de la ley demandada se le ordena a las autoridades públicas la investigación exhaustiva de los hechos y su difusión pública como condición para la satisfacción de los derechos de las víctimas y para la adopción de medidas de no repetición. En efecto, por solo mencionar algunos ejemplos, el artículo 7 de la Ley consagra expresamente el derecho de la sociedad y de las víctimas a conocer toda la información sobre los hechos que se investiguen. En este mismo sentido señala que los procesos judiciales no impedirán que en el futuro se implementen otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad. Para que esos mecanismos – como las comisiones de la verdad - puedan operar plenamente, es necesario que no exista reserva sobre información relevante, salvo que se trate, como también lo establece la ley, de proteger la intimidad, la vida, la integridad o la seguridad de víctimas y testigos. Este mismo artículo séptimo establece que las víctimas tienen derecho a la satisfacción o compensación moral por el daño producido y que dicha compensación apareja, entre otras cosas, la obligación de “difundir la verdad sobre lo sucedido.”. A su turno, el artículo 49, del cual hace parte una de las disposiciones demandadas, se refiere a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición a las cuales se obliga el Estado colombiano. Mal podría entonces interpretarse la disposición demandada en contravía con la finalidad y objetivos del artículo al cual pertenece. Finalmente, el artículo 58 se titula *Medidas para garantizar el acceso a los Archivos* y se encuentra inser-

¹⁴ Caso comunidad Moiwana vs. Suriname. Los hechos que dieron lugar al proceso consistieron en que las fuerzas armadas de Suriname arcaron la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. A la fecha de la presentación de la demanda no había habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras.

to en el Capítulo X de la Ley, destinado integralmente a asegurar el deber de la memoria y la reconstrucción de un relato histórico sobre los fenómenos a los cuales se aplique la Ley. En esos términos, no puede entenderse que la norma demandada permita, por vía de excepción, sacrificar los bienes, valores y derechos que persigue todo el Capítulo X dentro del cual se encuentra inserta. Al intérprete del derecho se le deben imponer los criterios de interpretación sistemática y teleológica en virtud de los cuales debe entenderse que las disposiciones demandadas se limitan exclusivamente a remitir a las normas vigentes sobre reserva judicial para proteger la vida y la seguridad de los testigos. Esta interpretación, como ya se mencionó, satisface el principio de conservación del derecho, pues permite que la disposición permanezca en el ordenamiento jurídico.

6.2.2.3.16. En suma, en criterio de la Corte, no es posible entender, como al parecer lo hacen los demandantes, que las normas demandadas están estableciendo una cláusula general de reserva de la información cuando quiera que así lo consideren los funcionarios públicos concernidos. Tampoco consagra la reserva de información a favor de las personas responsables de los delitos que se investiguen o sobre hechos relevantes para el esclarecimiento histórico del fenómeno o para la reparación de las víctimas. En este sentido la única interpretación adecuada de estas disposiciones es aquella según la cual se admite la reserva de cierta información, pero en los términos en los cuales las leyes específicas sobre el tema lo establecen, de forma tal que se garanticen los derechos de las víctimas y los derechos a la vida, la integridad o la seguridad de personas que han colaborado con la justicia en términos de la legislación ordinaria vigente sobre protección de víctimas y testigos.

6.2.2.3.17. Al amparo de las consideraciones realizadas, la Corte procederá a declarar exequibles, por los cargos examinados, la expresión “*otras personas*” y “*más daños innecesarios*” del numeral 49.1. del artículo 48, y a declarar exequibles, por los cargos examinados, las expresiones “*más daños innecesarios*” y “*otras personas*” del inciso tercero del artículo 58.

6.2.3. *Cargos por violación del derecho a la justicia en sentido estricto*

6.2.3.1. Análisis del cargo fundado en la violación del derecho a la justicia por los reducidos términos de investigación consagrados en la ley 975/05. Artículos 17 y 18.

6.2.3.1.1. El cargo se formula contra los apartes demandados de los artículos 17 y 18 de la ley 975 de 2005:

“Artículo 17. Versión libre y confesión. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo.

La versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso.

Artículo 18. Formulación de imputación. Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física (sic), información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse. (sic) razonablemente que el

desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación. En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas.

A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento entro del ámbito de su competencia. Finalizado el término, o antes si fuere posible, el fiscal del caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar.

Con la formulación de la imputación se interrumpe la prescripción de la acción penal.”

6.2.3.1.2. Consideran los demandantes que el procedimiento establecido en estas normas no constituye un recurso efectivo, por contemplar términos de investigación excesivamente cortos: *“la ley 975 establece un término de 36 horas desde la versión libre del imputado para que la Fiscalía formule la imputación de los hechos (art.17) y un término de 60 días para que se haga la audiencia de formulación de cargos (art.18). Tales términos son insuficientes para garantizar una adecuada y completa investigación de los hechos. A lo sumo ese término puede constituirse en el mecanismo para verificar los hechos por los que el combatiente desmovilizado ya estaba procesado o condenado y los que, además, sean aceptados por éste en la nueva versión libre”.*

Hacen un cotejo los demandantes entre las normas pertinentes de la Ley 906 de 2004, que contemplan los términos de investigación, y las normas de la ley demandada para señalar que ésta última contempla unos términos sustancialmente cortos que obs-

truyen el ejercicio adecuado de del deber de investigación que compete al Estado. Destacan la complejidad de los delitos que debe investigar la justicia en el marco de la ley demandada para reforzar su planteamiento sobre la insuficiencia de los términos previstos en los apartes demandados.

6.2.3.1.3. *Unidad normativa.* En aplicación de las reglas establecidas por la jurisprudencia¹⁵, la Sala procederá a efectuar la integración de la unidad normativa de la expresión acusada “*dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes*”, con todo el último inciso de la norma, a fin de dotar de sentido el segmento normativo demandado, lo cual resulta imprescindible para emitir un pronunciamiento de fondo.

6.2.3.1.4. Para determinar si, como lo afirma la demanda, los términos procesales establecidos en los segmentos resaltados constituyen restricciones al ejercicio de un adecuado deber de investigar por parte del Estado, que vulneran correlativamente el derecho a la justicia, habrá la Corte de efectuar (i) una breve referencia al contenido del deber de investigación del Estado como correlato del derecho de las víctima a la justicia; y (ii) a establecer el alcance de cada una de las disposiciones demandadas, a efecto de determinar si cumplen con estándares mínimos que permitan una investigación seria, exhaustiva, diligente y eficaz.

6.2.3.1.5. **El deber de investigar como parte del derecho a la justicia:**

6.2.3.1.5.1. La obligación estatal de investigar las violaciones de los derechos humanos forma parte del derecho a la justicia y se encuentra firmemente establecida en el derecho internacional. Se trata de un deber que no obstante presentar un fuerte nexo con la obligación de sancionar a los responsables posee un contenido autónomo. En este sentido la jurisprudencia internacional ha destacado, con fundamento en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los Estados tienen el deber de investigar de manera exhaustiva, seria y diligente las con-

¹⁵ Sobre las reglas para efectuar integración de la unidad normativa ver entre otras las sentencias C-185 de 2002, C-871 de 2002, C-041 de 2002, C-427 de 2000, C-1549 de 2000, C-543 de 1996, C-925 de 2005 de la Corte Constitucional.

ductas que violen los derechos humanos. Ha indicado así mismo que la investigación que los Estados deben emprender tiene que desarrollarse con la debida diligencia para asegurar su efectividad. Esta exigencia se ha vinculado con dos requerimientos adicionales como son el *plazo razonable* y la *necesidad* de las diligencias orientadas a obtener un resultado satisfactorio¹⁶.

6.2.3.1.5.2. Sobre el concepto de *plazo razonable* la jurisprudencia de esta Corte ha señalado: *“La Convención Americana de Derechos Humanos, dispone en su artículo 8.1, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un Tribunal o Juez imparcial, competente e independiente. El desarrollo jurisprudencial que de esta prescripción normativa han realizado los órganos interamericanos de protección –Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos- acoge los parámetros fijados por la Corte Europea de Derechos Humanos, en punto del derecho de los sujetos a que los Estados tramiten sin dilaciones injustificadas los procesos que están bajo su jurisdicción.*

Los parámetros señalados por estos entes, definen la razonabilidad del plazo según (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales y (iv) el análisis global de procedimiento”¹⁷.

¹⁶ En el caso de las hermanas Serrano Cruz la Corte Interamericana señaló respecto de la obligación de investigar: “La investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable todas aquellas diligencias que sean necesarias con el fin de obtener un resultado”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz, sentencia del 1º de marzo de 2005, Serie C No.120. párr. 65.

¹⁷ Cfr. Sentencia T- 1249 de 2004. La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 interpretó el término “garantías” a que hace referencia el artículo 27.1 en el sentido de que “...sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1.1), vale decir, medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. (Párr.25)...”. Ver, entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párrafo 30, Motta, *supra* 77,

6.2.3.1.5.3. En cuanto a la *necesidad* de las diligencias, se trata de una verificación que atiende la complejidad del asunto y el análisis global del procedimiento.

Cabe destacar que como lo han señalado algunos de los intervinientes en este proceso, el “Conjunto de Principios contra la Impunidad”, también reconoce la obligación de los estados de emprender investigaciones efectivas para el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos. Así, el principio 19 establece que “*Los Estados emprenderán investigaciones, rápidas, minuciosas independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*”.

Desde este punto de vista, la jurisprudencia internacional ha sido también muy crítica respecto de las demoras en las investigaciones, destacando que la determinación de un “*plazo razonable*” debe tomar en consideración la complejidad de los hechos, la cual determina la complejidad de las investigaciones¹⁸, así como el punto de partida de la investigación.

6.2.3.1.5.4. Así mismo, el deber de investigación del Estado respecto de los delitos de suma gravedad ha de cumplirse en términos respetuosos de sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a este respecto cobra especial relevancia lo dispuesto en el estatuto de la Corte Penal Internacional, debidamente suscrito y ratificado por Colombia, en relación con el cual afirmó esta Corporación en la sentencia C-578 de 2002: “*el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma*”.

párr. 24; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157. En igual sentido sentencia T- 297 de 2006.

¹⁸ Ver. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr.72.

Sobre este breve marco, procede la Corte a establecer si los términos de investigación establecidos en la Ley 975/905 respetan los estándares establecidos para garantizar una investigación seria, exhaustiva, diligente y eficaz.

6.2.3.1.6. El cargo contra el artículo 17

6.2.3.1.6.1. El artículo 17 regula el procedimiento para la versión libre y la confesión de los desmovilizados, que se surte ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización. El objetivo de la diligencia consiste en:

- a. Recibir la versión del desmovilizado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en participaron en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia la grupo armado, que fueren anteriores a su desmovilización y por los cuales se acoge a la ley.
- b. En la misma diligencia el desmovilizado indicará los bienes que entrega para la reparación de las víctimas y la fecha de su ingreso al grupo.
- c. Cumplida la diligencia, la actuación se pondrá de inmediato a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz, para que el fiscal respectivo y la policía judicial elaboren y desarrollen el programa metodológico¹⁹ para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada, y esclarecer los hechos confesados y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento en el marco de su competencia.
- d. El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, quien dentro de las *36 horas siguientes* señalará y realizará la audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso.

6.2.3.1.6.2. Observa la Corte que la norma parcialmente impugnada establece, en términos generales, unos criterios razona-

¹⁹ El programa metodológico, conforme al artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), es una herramienta de investigación diseñada por el fiscal asignado para la investigación con el apoyo los integrantes de la policía judicial que conforman el equipo investigativo. Su objetivos son: (i) determinar los objetivos de investigación conforme a la hipótesis delictiva; (ii) establecer los criterios para evaluar la información; (iii) delimitar funcionalmente las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; (iv) establecer los procedimientos de control que se deben adoptar en el desarrollo de las labores; (v) identificar los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

bles que garanticen una investigación pronta, imparcial y exhaustiva, de los hechos que el desmovilizado pone en conocimiento de la fiscalía. Varios aspectos respaldan este punto de vista: a). En primer término debe tenerse en cuenta que la labor de verificación del fiscal parte de la existencia de una confesión que de hecho pone un marco a la investigación; b) El segundo lugar resulta relevante para efectos de la investigación el hecho de que la norma establezca que los órganos de investigación (fiscalía y policía judicial) deben elaborar y *desarrollar* el programa metodológico trazado, el cual se encuentra regulado en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, para poner a disposición del juez de control de garantías al desmovilizado confeso; c) y en tercer lugar, cabe destacar que el término de 36 horas que establece la norma, no puede interpretarse como el término de investigación, como lo entienden los demandantes, sino como el plazo establecido para que el magistrado de control de garantías señale y realice la audiencia de formulación de imputación, una vez que el fiscal que conozca del caso lo ha solicitado. Lo anterior implica que esa puesta a disposición del desmovilizado ante el juez de control de garantías está condicionada a la elaboración y desarrollo del programa metodológico tal como se deriva del inciso tercero de la norma parcialmente impugnada.

6.2.3.1.6.3. Esta constituye la única interpretación que resulta acorde con el deber del Estado de investigar seriamente los hechos llevados a su conocimiento por los desmovilizados que se acojan a la ley; el propósito del término, según se deriva de un adecuado entendimiento de la norma, no es el de restringir los espacios de investigación, sino el de garantizar la celeridad con que el juez de control de garantías debe tramitar la audiencia de imputación después de la solicitud del fiscal que conozca del caso. Esta interpretación permite la coexistencia de los propósitos de búsqueda de la paz que animan la ley, con los imperativos de justicia, en particular con su dimensión relativa al deber de investigación con miras a garantizar el derecho a la verdad de las víctimas. Es la que se deriva, además, del texto de la norma que vincula el término de 36 horas a las actuaciones del magistrado, no del fiscal. El fiscal es quien solicita al magistrado que realice la audiencia de formulación de la

imputación. Dicha solicitud ha de hacerse cuando el fiscal considere que ha desarrollado a cabalidad el programa metodológico de la investigación porque solo entonces el Estado habrá construido el caso para sustentar las imputaciones que le formulará a quien rindió versión libre.

6.2.3.1.6.4. En virtud de estas consideraciones la Corte declarará exequible, por los cargos examinados, la expresión *“dentro de las treinta y seis horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación”* contenida en el artículo 17, en el entendido que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

6.2.3.1.6.5. No obstante, advierte la Corte que la expresión que sí parece fijarle un término al fiscal que reduce excesivamente la posibilidad de construir un caso antes de la audiencia de formulación de imputación es la que encabeza el inciso juzgado. En efecto, dice la norma que *“el desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías”*. Este deber ha de cumplirse *“inmediatamente”* después de un hecho que la norma no especifica, pero que se deduce del objeto esencial de la misma, es decir, la recepción de la versión libre. Por lo tanto, recibida la versión libre, el fiscal debe poner al desmovilizado de manera inmediata a disposición del magistrado de control de garantías, el cual contará con 36 horas para realizar audiencia de imputación. A todas luces, ello hace imposible que se desarrolle a cabalidad el programa metodológico de la investigación, lo cual afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho de las víctimas a la justicia y torna irrealizable el deber del Estado de investigar. En consecuencia, la expresión *“inmediatamente”* será declarada inexecutable. Por supuesto, el desarrollo de dicho programa metodológico de investigación debe hacerse dentro de un plazo razonable, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia anteriormente citada, habida cuenta de que ya se han confesado

delitos y que a la luz de los propósitos de la ley, es preciso definir oportunamente la situación de cada desmovilizado.

6.2.3.1.7. El cargo contra el artículo 18

6.2.3.1.7.1. Manifiestan los demandantes que el término de 60 días previsto en el artículo 18 demandado es inconstitucional, porque resulta insuficiente para adelantar una investigación seria, que sea a su vez, un recurso efectivo que permita el esclarecimiento adecuado de la verdad y la realización de la justicia.

6.2.3.1.7.2. *El alcance de la norma.* El artículo 18 de la ley impugnada configura la audiencia de formulación de imputación, con base en las siguientes reglas:

- a. El fiscal solicitará al magistrado que cumpla funciones de control de garantías la programación de una audiencia para formulación de imputación.
- b. Esta solicitud debe estar basada en un soporte probatorio legalmente obtenido del que se pueda inferir razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios de los delitos que se investigan.
- c. En la audiencia el fiscal realizará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión correspondiente.
- d. En la misma audiencia solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los bienes que hayan sido entregados para efectos de reparación a las víctimas.
- e. La fiscalía cuenta con un término de sesenta (60) días, a partir de la audiencia de formulación de imputación para adelantar las labores de investigación y verificación de los hechos confesados por el imputado, y de todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.
- f. Finalizado el término anterior, o antes si es posible, si encuentra mérito, el fiscal solicitará al magistrado la programación de una audiencia de formulación de cargos, para dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud.
- g. La formulación de imputación interrumpe la prescripción de la acción penal.

6.2.3.1.7.3. Conforme a esta configuración debe analizar la Corte si el término de 60 días establecido por el legislador para ade-

lantar la investigación que determine si hay lugar a la formulación de cargos, resulta adecuado para alcanzar los fines constitucionales que se encuentran en juego : la búsqueda de la paz, y el logro de la justicia, o si por el contrario entraña una desproporcionada afectación del deber de investigación como componente del derecho a la justicia de las víctimas.

6.2.3.1.7.4. Tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte de manera reiterada, la regulación de los procedimientos forma parte de la potestad de configuración de que goza el legislador. Sin embargo, también ha señalado que tal potestad no es ilimitada, en tanto encuentra su límite en el respeto por los derechos fundamentales y los principios y valores constitucionales.

6.2.3.1.7.5. Respecto del término de 60 días que establece el segmento acusado, encuentra la Corte que el mismo se orienta a un cometido muy específico cual es el de la investigación y verificación de los hechos confesados por el imputado y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Para la Corte, como ya lo ha establecido en anteriores oportunidades, no resulta contrario a la Constitución el establecimiento de unos términos procesales acordes con la naturaleza y objetivos específicos del procedimiento de que se trate, con el fin de fijar con claridad las reglas y ritmos del proceso penal, lo cual es importante tanto para las víctimas como para los investigados. Lo que debe analizarse constitucionalmente es si el término de 60 días representa una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia y a la búsqueda de la verdad, en la medida en que, se alega, impide al fiscal construir adecuadamente un caso.

6.2.3.1.7.6. Resalta la Corte que el término de 60 días empieza a correr “a partir” de la audiencia de formulación de imputación, no desde el momento en que se recibió la versión libre. A su turno, la audiencia de formulación de imputación solo se ha de realizar cuando el fiscal lo solicite al magistrado de control de garantías, dado que ya se ha desarrollado cabalmente el programa metodológico de investigación. O sea que el fiscal ha contado previamente con la posibilidad de construir adecuadamente un caso, máxime si la expres-

sión “inmediatamente” del último inciso del artículo 17 es declarada inexecutable. El plazo de 60 días es el término máximo, después de surtidas las etapas antes mencionadas, para que el fiscal solicite “la programación de una audiencia de formulación de cargos”.

6.2.3.1.7.7. Encuentra así la Sala que el término de 60 días establecido con miras a establecer las bases para una formulación de cargos, constituye una medida legislativa que no entraña una afectación desproporcionada al derecho a la justicia y a la búsqueda de la verdad. Responde a un propósito de investigación que se inserta en un procedimiento que tiene sus propios objetivos y particularidades. Por ello no cabe adoptar como parámetro de comparación los términos del procedimiento ordinario.

6.2.3.1.7.8. Para la Corte la medida legislativa cuestionada es constitucional, en cuanto se inserta en un propósito de búsqueda de la paz, y no comporta una afectación desproporcionada del derecho a la justicia que subyace en el deber de investigación seria y exhaustiva por parte de las autoridades. El procedimiento, insiste la Corte, parte de un hecho que imprime dinámicas propias de investigación, como es la confesión del imputado.

En consecuencia la Corte declarará la exequibilidad del artículo 18, en lo relacionado con los cargos analizados en este aparte.

6.2.3.2. Análisis del cargo fundado en violación del derecho de las víctimas a acceder a un recurso judicial efectivo por (i) las limitaciones en el acceso al expediente, (ii) la limitación de sus facultades procesales y (iii) la supresión del recurso de casación.

Recuerdan los demandantes que el derecho a la justicia incluye el derecho de las víctimas a acceder a un recurso judicial efectivo, que les permita participar en los procesos en que se habrán de definir sus derechos; y que este derecho se relaciona con la garantía de sus derechos a la honra y al buen nombre, entre otros.

Sin embargo, algunas de las normas de la Ley 975 “hacen inane la posibilidad real de participación de las víctimas en el procedimiento”, según se explica a continuación.

6.2.3.2.1. Limitaciones en el acceso al expediente

6.2.3.2.1.1. Acusan los demandantes el artículo 37, en el segmento que se subraya:

“Artículo 37. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

38.5 [sic] A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas”.

Consideran los demandantes que la referencia al código de procedimiento penal, debe ser entendida como remisión a la ley 600 de 2000, y conforme al alcance que la sentencia C- 228 de 20002 de la Corte le dio al derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

6.2.3.2.1.2. El segmento normativo acusado se inserta en la norma que regula los derechos de las víctimas en el proceso que configura la ley 975/05, en particular el derecho a recibir información pertinente para la protección de sus intereses, desde el primer contacto con las autoridades. Remite al respecto al Código de Procedimiento Penal para efectos de establecer los términos en que se garantizará ese derecho.

Para abordar el estudio del cargo conviene hacer una breve referencia a la jurisprudencia internacional y nacional acerca del derecho de las víctimas de acceder al proceso penal, concretando en este punto específico lo que ya se dijo en general sobre los derechos de las víctimas en el apartado 4.

6.2.3.2.1.3. *El acceso de la víctima al proceso penal.* Uno de los aportes más relevantes que ha hecho la jurisprudencia internacional en materia de derechos de la víctimas, es la consolidación de su derecho a gozar de las más amplias oportunidades de participar en los procesos penales por los delitos que se perpetraron en su contra, lo cual incluye el pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y el juicio correspondiente.²⁰

²⁰ Véase Corte I.D.H., caso Huilca Tecse, sentencia del 3 de marzo del 2005, serie C- No. 121, pág. 107.

Resalta la Corte que estos derechos de las víctimas gozan, hoy en día, de reconocimiento prácticamente universal, y que éstos han de garantizarse dentro del ordenamiento constitucional y legal colombiano, independientemente del status específico que tengan dichas víctimas dentro del sistema de procedimiento penal consagrado en los códigos nacionales.

6.2.3.2.1.4. Tal como lo ha señalado esta Corte en anteriores oportunidades²¹, con apoyo en el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad²² (principios 1° a 4), el derecho a la verdad y el derecho a saber, forman parte esencial del complejo de derechos de las víctimas de los delitos.

6.2.3.2.1.5. El derecho a la verdad, como lo ha reiterado también, presenta además de su dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”²³, una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.²⁴

6.2.3.2.1.6. La jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad*, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima²⁵.

²¹ Cfr. Sentencias C- 293 de 1995; C- 228 de 2002; C-1149 de 2001, entre otras.

²² Esta sistematización se apoya en el “*Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN. 4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

²³ Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

²⁴ Cfr. Entre otras las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

²⁵ Cfr. Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

6.2.3.2.1.7. Ha señalado también que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal²⁶, y el derecho a *participar* en el proceso penal²⁷, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en “*que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas*”²⁸

6.2.3.2.1.8. En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica.

6.2.3.2.1.9. Teniendo en cuenta la ambigüedad e incertidumbre que la expresión demandada introduce en la norma que se revisa, generando múltiples interpretaciones en un aspecto de relevancia constitucional como es el derecho de las víctimas a la verdad, en evidente conexidad con el derecho a la justicia, procederá la Corte a condicionar el contenido de la disposición en el sentido que la expresión “*y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal*” del numeral 38.5 del artículo 37, alude al artículo 30 de la

²⁶ Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

Ley 600 de 2000 que regula “el acceso al expediente y el aporte de pruebas por el perjudicado”, siempre y cuando se interprete de acuerdo con la exequibilidad condicionada de esta norma declarada mediante sentencia C- 228 de 2002, en virtud de la cual, la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación. En estos términos se declarará la constitucionalidad condicionada del numeral 38.5 del artículo 37.

6.2.3.2.1.10. Resalta la Corte que el acceso al expediente de manera oportuna permite a las víctimas y a sus familiares identificar vacíos en la información con que cuenta el fiscal y aportar por las vías institucionales elementos fácticos desde antes de que se reciba la versión libre o en una etapa posterior, todo con miras a colaborar con la fiscalía en el cumplimiento de su deber de investigación exhaustiva.

6.2.3.2.2. *Limitaciones de las facultades procesales de las víctimas.*

6.2.3.2.2.1. En este punto se acusan en su integridad los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 975/05, según se transcribieron anteriormente, así como la expresión “y en el marco de la presente ley” del artículo 34, y la expresión “durante el juicio” del artículo 37, numeral 38.7 (sic).

6.2.3.2.2.2. Afirma la demanda que la única interpretación constitucional de estas disposiciones debe conferir a las víctimas el derecho a participar en todas las etapas del proceso, lo cual sería consistente con lo dispuesto en el artículo 37 de la misma ley, en virtud del cual el procedimiento ha de garantizar el derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia, que incluye su derecho a ser oídas, “lo que implica que tengan la oportunidad de estar presentes en las diligencias, asistidas por un abogado o abogada que les proporcione una defensa técnica de sus intereses y que cuenten con todas las facultades jurídicas que se requieran para participar efectivamente en la construcción de la verdad procesal y el acceso a una reparación integral que sea determinada conforme a los hechos y responsabilidades penales probados con su participación”. En esa medida, solicitan a la Corte que declare la consti-

tucionalidad condicionada de los artículos 17, 18 y 19 acusados, en tal entendimiento.

Finalmente, afirman que debe declararse la inconstitucionalidad de la expresión acusada del artículo 38-7, ya que *“limita el ejercicio de los derechos de las víctimas a la etapa del juicio, excluyendo el resto del procedimiento”*.

Los peticionarios formulan su petición en este sentido así:

“Se solicita a la H. Corte que declare la constitucionalidad condicionada de los artículos 17, 18 y 19, y de la expresión ‘en el marco de la presente ley’ del artículo 34, bajo el entendido de que se deberán garantizar mecanismos idóneos y efectivos para que las víctimas estén en posibilidad de enterarse del inicio del procedimiento, puedan ejercer el derecho a ser oídas permitiéndoles presenciar las diligencias, ser asistidas por un abogado o abogada que les proporcione una defensa técnica de sus intereses y contar con todas las facultades jurídicas que se requieran para participar efectivamente en la construcción de la verdad procesal y el acceso a una reparación integral que sea determinada conforme a los hechos y responsabilidades penales probados con su plena participación. También se solicita la inconstitucionalidad de la expresión ‘durante el juicio’ del artículo 37.8 de la ley”.

6.2.3.2.2.3. *Examen de los artículos 17, 18 y 19.* Para los demandantes, el procedimiento que consagra las disposiciones acusadas no permite a las víctimas la posibilidad real y efectiva de que sus intereses se tengan en cuenta al momento de definir sus derechos. Explican que el artículo 17 no prevé la participación de la víctima en la diligencia de versión libre, por lo cual *“no tiene la oportunidad de conocer la versión de los hechos dada por el procesado”*. El artículo 18 tampoco establece expresamente la participación de la víctima en la formulación de la imputación; y el artículo 19 omite prever expresamente su participación en la audiencia de aceptación de cargos. *“La primera diligencia en la que se hace mención expresa de la participación de las víctimas en el proceso es en la audiencia para verificar la voluntariedad de la aceptación de los cargos y se hace para referirse a la iniciación del incidente de reparación que se da a solicitud de estas (art. 23)”*.

6.2.3.2.2.4. La censura de los demandantes en contra de estas normas se enmarca dentro de un cuestionamiento global a lo que consideran una precaria e incompleta garantía de acceso de las víctimas al proceso. En esa dirección entienden que el hecho de que las normas impugnadas no mencionen de manera explícita a la víctima como partícipe de las diligencias de versión libre y confesión (art.17); formulación de imputación (art.18) y aceptación de cargos (art.19), comporta su exclusión.

6.2.3.2.2.5. Esas restricciones que los demandantes acusan respecto de los derechos de las víctimas de acceder al proceso en las etapas señaladas, resultan meramente aparentes. El contenido de tales disposiciones en lo que tiene que ver con las facultades procesales de las víctimas exige una lectura concordada con otras disposiciones de la ley que regulan esta específica materia. En particular con las que se aglutinan bajo el capítulo VIII que regula los “Derechos de las víctimas frente a la administración de justicia” en el que se consagra sus derechos a “ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas” (38.4); a recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses, y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas (38.5) norma que deberá ser interpretada en el sentido establecido por la Corte en esta misma decisión; a ser informada sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando a ello hubiere lugar.

6.2.3.2.2.6. Adicionalmente el sistema de garantías procesales que la ley establece debe apoyarse en los principios que rigen la ley (art.1º) conforme a los cuales uno de sus objetivos es garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia a la reparación, el cual se concreta en el enunciado del artículo 37 que establece que el estado “garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia.

6.2.3.2.2.7. De otra parte, la aplicación de la ley debe realizarse con sujeción a los desarrollos que la jurisprudencia constitucional,

con base en el derecho internacional ha efectuado respecto del alcance de los derechos procesales de las víctimas; conforme a ellos, como ya se señaló en otro aparte de esta decisión y se reitera aquí, el derecho a la justicia comporta un auténtico derecho constitucional al proceso penal²⁹, y el derecho a *participar* en el proceso penal³⁰, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en “*que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas*”³¹

6.2.3.2.2.8. Así las cosas, encuentra la Corte que no es correcta la percepción de los demandantes en el sentido que las disposiciones acusadas excluyan una participación de la víctima en las diligencias que allí se regulan. Una visión sistemática de las normas relativas a las facultades procesales de la víctima en el marco de los principios que la animan y los desarrollos jurisprudenciales vigentes en la materia, permiten concluir que, contrario a lo afirmado en la demanda, la ley garantiza la participación de las víctimas en las diligencias de versión libre y confesión, formulación de imputación y aceptación de cargos. Conclusión que resulta reforzada por la clara opción de la ley por un sistema procedimental marcadamente acusatorio que se desarrolla a través de audiencias a las que no se puede obstruir el acceso de las víctimas.

6.2.3.2.2.9. Respecto del artículo 19, inciso tercero, es preciso destacar que consagra una especie de control de legalidad sobre la diligencia de aceptación de cargos del desmovilizado que la ley radica en el juez de conocimiento, que para el efecto es la sala correspondiente del Tribunal Superior de Distrito Judicial. Establece la norma bajo examen que “de hallarse conforme a derecho”, la aceptación

²⁹ Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

³¹ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

de cargos, procederá esta autoridad judicial a citar a audiencia para sentencia e individualización de pena. Para la Corte reviste particular importancia este control que se asigna al juez de conocimiento, el cual debe entenderse como control material de legalidad de la imputación penal que surge a partir de la aceptación de los cargos. Lo anterior implica que el juez de conocimiento debe controlar la legalidad de la aceptación de cargos en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos, en el sentido que aquella debe efectivamente corresponder a los hechos que obran en el expediente. Esta interpretación es la única que se ajusta a la garantía de efectividad de los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad. No podría argumentarse que el objetivo de ese control es la verificación del cumplimiento de las garantías de libertad, espontaneidad, voluntariedad y defensa que indiscutiblemente debe rodear el acto de aceptación de cargos por parte del procesado. No es así por cuanto para ese específico objetivo el mismo juez de conocimiento ya ha efectuado una audiencia previa, tal como lo señala la propia disposición (Inciso 3° art.19). Adicionalmente este es un aspecto que se encuentra rodeado de las debidas garantías en cuanto la audiencia de aceptación de cargos se surte ante un juez de control de garantías. De manera que el único contenido posible atribuible a la expresión “de hallarse conforme a derecho” es el control material sobre la calificación jurídica de los hechos, y así lo declarará la Corte en un condicionamiento que a la expresión analizada. Es que el correcto *nomen juris* de los hechos constitutivos de infracción penal, se integra a los derechos a la verdad y justicia de las víctimas.

6.2.3.2.2.10. En consecuencia la Corte declarará exequible la expresión “*de hallarse conforme a derecho*” del inciso tercero del artículo 19, en el entendido que el magistrado controlará que la calificación jurídica corresponda a los hechos que obran en el expediente.

La Corte declarará la exequibilidad de los artículos 17 y 18, en lo concerniente a los cargos aquí analizados, vale decir el derecho de acceso de las víctimas a las diligencias allí previstas.

6.2.3.2.3. Análisis del artículo 26, párrafo 3°. Supresión del recurso de casación

6.2.3.2.3.1. Controvierten los actores lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 26, en virtud del cual *“Contra la decisión de segunda instancia no procede recurso de casación”*.

Afirman que si bien el Legislador tiene el poder de regular el recurso de casación, no puede hacerlo para generar tratos discriminatorios en casos de violaciones de los derechos humanos, “en relación con las cuales las garantías procesales deben ser extremadas para garantizar adecuadamente la realización de la justicia”. Este aspecto de la ley, en criterio de los demandantes involucra un sacrificio del derecho material y debilita los derechos y garantías procesales de la víctima y del procesado. Destacan que la ley procesal ordinaria prevé este recurso para casos similares a los que se someten al procedimiento de la Ley 975/05.

6.2.3.2.3.2. El segmento normativo impugnado forma parte del artículo 26 de la ley 975/05, cuyo propósito es el de regular los recursos que la ley contempla. Tal norma establece la reposición como medio de impugnación de todas las decisiones, excepto la sentencia, respecto de la cual se prevé la apelación. Éste recurso procede además contra todos los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante las audiencias.

6.2.3.2.3.3. El recurso de apelación se surte ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose para su trámite una prelación sobre los demás asuntos de competencia de esta sala, exceptuando lo relacionado con las acciones de tutela. Se contempla la procedencia de la acción extraordinaria de revisión ante la Sala Plena de esa Corporación y se excluye la casación respecto de la decisión de segunda instancia, aspecto éste contra el cual se dirige el cargo bajo examen.

6.2.3.2.3.4. Observa la Corte que la ley establece un cuidadoso y permanente sistema de control sobre las decisiones que se profieran en el curso del proceso, a través de los medios de impugnación ordinarios, y de la acción extraordinaria de revisión. En desarrollo de su libertad de configuración de los procedimientos el legislador previó un régimen de impugnación que ampara todas las decisiones.

6.2.3.2.3.5. La exclusión del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia proferida en segunda instancia por

la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no entraña la afectación de derechos y garantías procesales de los intervinientes en el proceso, ni la imposibilidad de materializar el derecho sustancial, como lo señalan los demandantes. Ciertamente no es el recurso de casación el único idóneo para garantizar la efectividad de tales derechos. La libertad de configuración de los procedimientos que se asigna al legislador, comporta una exigencia de adecuación de los mismos a las especificidades de los procesos, a su naturaleza y objetivos. Es evidente que la ley 975/05 regula un procedimiento que posee sus propias particularidades, una de ellas, quizás la más relevante es que se estructura a partir de la confesión plena y fidedigna de procesado, lo cual genera también unas necesidades procesales específicas. No resulta afortunado en consecuencia sostener la inconstitucionalidad de la disposición que excluye la casación en este procedimiento, sobre la afirmación de un supuesto trato discriminatorio para los intervinientes en el procedimiento especial, tomando como parámetro de comparación el procedimiento ordinario, que responde a naturaleza y finalidades diversas.

6.2.3.2.3.6. No advierte la Corte que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración de los procedimientos hubiese sobrepasado los límites que le señala la Constitución en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, y particularmente del debido proceso, en el diseño de los medios de impugnación. Al contrario observa una preocupación por amparar todas las decisiones que se profieran en el curso del proceso con algún mecanismo de control.

6.2.3.2.3.7. Por las anteriores razones el cargo no prospera, se declarará en consecuencia la exequibilidad del parágrafo 3º del artículo 26 de la ley 975 de 2005.

6.2.3.2.4. **Análisis del artículo 34.**

6.2.3.2.4.1. Se acusa parcialmente el inciso 2º del artículo 34 relativo a la “Defensoría Pública”, de conformidad con el cual la defensoría del pueblo habrá de asistir a las víctimas en el ejercicio de sus derechos *“en el marco de la presente ley”*.

6.2.3.2.4.2. Para los demandantes la expresión acusada comporta una restricción de los derechos de las víctimas a ser asistidas en el proceso penal.

6.2.3.2.4.3. Advierte la Corte que en efecto limitar las posibilidades de asistencia que las víctimas puedan obtener de la Defensoría de Pueblo al marco de la “presente” ley introduce una desproporcionada limitación al ejercicio de sus derechos. Se observa que la norma parcialmente impugnada forma parte del capítulo VII relativo a las “Instituciones para la ejecución de la presente ley”, de donde se deduce que no se puede restringir las posibilidades de asistencia defensorial a las meramente procesales, como tampoco a las que se deriven de la presente Ley. El propósito del capítulo es el de establecer toda una estructura de apoyo para la ejecución de la Ley, y la promoción y defensa de los derechos de las víctimas. Las víctimas integran, sin duda, uno de los sectores más vulnerables de la población frente al cual la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, puede desarrollar toda una gama de posibilidades de asesoría, asistencia y protección, en desarrollo de las facultades que le han sido atribuidas por las leyes que se ocupan de esta importante institución. La expresión “presente” del segmento normativo impugnado en efecto introduce una severa restricción a las posibilidades de asistencia a las víctimas por parte de la Defensoría del Pueblo, lo cual riñe con la concepción amplia de los derechos de las víctimas a la cual se ha hecho referencia de manera reiterada en esta sentencia.

6.2.3.2.4.4. En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “presente” del inciso 2° del artículo 34 a efecto de ampliar las posibilidades de asistencia defensorial a aquellas que se deriven de ley, en sentido genérico.

6.2.3.2.5. Análisis del artículo 37, numeral 38.7 (parcial).

6.2.3.2.5.1. Para los demandantes la expresión “*durante el juicio*” que forma parte del artículo 37, numeral 38.7 (sic) debe ser declarada inconstitucional en cuanto limita el ejercicio del derecho de defensa de las víctimas a la etapa del juicio, excluyendo las demás etapas del proceso.

6.2.3.2.5.2. El numeral 38.7 (sic) del artículo 37 pertenece al capítulo que regula los derechos de las víctimas frente a la administración de justicia, en particular el derecho a ser asistidas “durante

el juicio” por un abogado de confianza o por la procuraduría judicial de que trata la presente ley.

6.2.3.2.5.3. Esta norma como todas las que regulan los derechos de las víctimas en el proceso penal debe ser interpretada conforme al estado actual de desarrollo que a partir de la jurisprudencia constitucional se ha producido en torno a esta materia. Desde esta perspectiva es claro que actualmente se encuentra superada la concepción reductora de los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria. La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia³², comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. Este acceso, en condiciones de igualdad, se deriva del carácter bilateral del derecho a un recurso judicial efectivo en virtud del cual los derechos de las víctimas no pueden verse menguados en relación con los que asisten al procesado. La consideración contemporánea de la víctima como protagonista activo del proceso, conduce al goce de estándares de protección similares a los de otros intervinientes en el proceso.

6.2.3.2.5.4. En consecuencia, el hecho de que la norma impugnada establezca explícitamente el derecho de las víctimas a tener representación judicial durante el juicio, no puede interpretarse como exclusión de ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. Tal reconocimiento explícito del derecho a constituir representante letrado en el juicio, debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso.³³

6.2.3.2.5.5. Bajo ese entendimiento la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “durante el juicio” del numeral 38.7 del artículo 37 de la ley 975/05.

³² Cfr. Sentencia C- 228 de 2002, entre otras.

³³ En similares términos se pronunció la Corte en la sentencia C-799 de 2005 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 906/04 que establece el ejercicio de los atributos propios del derecho de defensa “una vez adquirida la condición de imputado”, declarando que tal expresión es válida sin perjuicio de que en fase anteriores se ejerza esa garantía.

6.2.3.3. Cargo fundado en violación del derecho a la justicia por el “desconocimiento de la obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos a verdaderas penas privativas de la libertad”.

6.2.3.3.1. Se acusa en este punto lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 975/05, que establece:

“Artículo 31. Tiempo de permanencia en las zonas de concentración. El tiempo que los miembros de grupos armados al margen de la ley vinculados a procesos para la reincorporación colectiva a la vida civil, hayan permanecido en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 782 de 2002, se computará como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses.

El funcionario que el Gobierno Nacional designe, en colaboración con las autoridades locales cuando sea el caso, será el responsable de certificar el tiempo que hayan permanecido en zona de concentración los miembros de los grupos armados de que trata la presente ley”.

6.2.3.3.2. En criterio de los demandantes, este artículo es inconstitucional por disponer que parte de la pena pueda ser cumplida en las “zonas de ubicación”.

Afirman que uno de los componentes del derecho a la justicia en casos de delitos graves es su adecuada sanción, y sostiene que “es evidente que la obligación de sancionar a los perpetradores de crímenes graves no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe traducirse en el cumplimiento de una efectiva sanción”.

En consecuencia, solicitan que la Corte declare inconstitucional el artículo 31 acusado.

6.2.3.3.3. *Integración normativa.* Advierte la Corte que el artículo 31 demandado forma parte del capítulo VI de la ley 975/05, relativo al régimen de la privación de la libertad. El capítulo está integrado por dos disposiciones: el 30 y el 31, el primero regula el “establecimiento de reclusión” y el segundo “el tiempo de permanencia en las zonas de concentración”. Observa así mismo que la norma demandada (Art. 31) se encuentra intrínsecamente relacionada, por su conexidad temática directa, con el artículo 30, ya que am-

bas, al regular algunos aspectos atinentes al lugar de ejecución de la pena, permiten que esta se cumpla en establecimientos que no están sujetos a las normas jurídicas sobre control penitenciario, y en consecuencia la Corte debe pronunciarse sobre las dos para evitar un fallo inocuo. Además, desde el punto de vista del derecho a la justicia, existe una conexidad directa entre las dos disposiciones, por cuanto la imposición de una pena reducida en aplicación del beneficio de alternatividad penal exige que dicha pena sea cumplida efectivamente en lugares que tengan las características propias de los establecimientos de reclusión. Además, como fueron demandadas las distintas disposiciones que consagran el beneficio de la alternatividad penal, es necesario que la Corte examine las condiciones bajo las cuales las penas alternativas concedidas se habrán de ejecutar efectivamente. Esta situación permite la aplicación de las reglas de procedencia de la integración de la unidad normativa conforme a la jurisprudencia de la Corte³⁴. Procede en consecuencia la Corte a extender el estudio de constitucionalidad, que este cargo plantea, al artículo 30 de la Ley 975/05 que establece:

“Artículo 30. Establecimientos de reclusión. El Gobierno Nacional determinará el establecimiento de reclusión donde debe cumplirse la pena efectiva.

Los establecimientos de reclusión deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propios de los establecimientos administrados por el Inpec.

La pena podrá cumplirse en el exterior”.

6.2.3.3.4. Inconstitucionalidad de abonar el tiempo de permanencia en las zonas de concentración por el mero hecho voluntario de ubicarse en ellas sin que exista un acto previo restrictivo de la libertad.

6.2.3.3.4.1. Procede la Corte a examinar si la manera como fue configurada por el legislador el sistema de ejecución de la privación de la libertad en la ley 975/05 (art. 30), y la posibilidad de abonar como parte de la pena impuesta el tiempo de permanencia del sentenciado en la denominada zona de concentración, vulneran la

³⁴ Ver entre otras las sentencias C-185 de 2002, C-871 de 2002, C-041 de 2002, C-427 de 2000, C-1549 de 2000, C-543 de 1996, C-925 de 2005 de la Corte Constitucional.

Constitución en cuanto permiten que los condenados con fundamento en esta ley, evadan la pena privativa de la libertad impuesta.

6.2.3.3.4.2. Conviene recordar que con el propósito de facilitar los diálogos, negociaciones y acuerdos en el marco de los procesos de desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley, el Gobierno Nacional ha creado, previo acuerdo con los voceros de estos grupos, las denominadas zonas de ubicación temporal o de concentración³⁵, en determinados espacios del territorio nacional. Cabe destacar que el ingreso a estas zonas constituye un acto voluntario de los miembros de los grupos armados ilegales. En algunos casos esta concentración tiene una utilidad inmediata consistente en la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura que pesan contra los miembros representantes de esos grupos, para favorecer las negociaciones.

6.2.3.3.4.3. Paralelamente, es preciso señalar que en efecto, como lo afirma la demanda, en el Estado reposa el deber de imponer y ejecutar sanciones efectivas a quienes incurran en violación de la ley penal, imperativo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de grave criminalidad. Las sanciones efectivas son aquellas que no encubren fenómenos de impunidad, en tanto constituyen reacciones estatales justas y adecuadas a los delitos perpetrados, tomando en consideración los específicos objetivos de política criminal que la ley entraña.

6.2.3.3.4.4. Adicionalmente, es preciso recordar que la fase de ejecución de la pena corresponde a una de las más trascendentales expresiones del ejercicio del *ius puniendi* estatal. En el estado constitucional de derecho el ejercicio de *ius puniendi* reclama la intervención de todos los poderes públicos: el legislador en su fase de configuración; los jueces en su fase de imposición, y las autoridades penitenciarias en su fase de ejecución.

6.2.3.3.4.5. Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* recla-

³⁵ Ley 418 de 1997, ley 782 de 2002.

ma en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aún en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución.

6.2.3.3.4.6. Bajo estos presupuestos observa la Corte que el artículo 31 demandado asimila al cumplimiento de una *pena*, la circunstancia de estar ubicado en una zona de concentración, a pesar de que no haya habido ninguna medida del Estado que haya conducido a que las personas deban estar en dicho lugar. En ese sentido, no constituye pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales. Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión voluntaria de esas personas, lo que concurre a excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Por consiguiente, se declarará inexecutable el artículo 31.

6.2.3.3.4.7. *Constitucionalidad condicionada del artículo 30, inciso 2.* Similar situación se advierte en el inciso 2º del artículo 30 que señala “*que los establecimientos de reclusión deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propios de los establecimientos administrados por el INPEC*”. Esta norma encubre una evidente sustracción del control de las autoridades penitenciarias de los sitios de reclusión en que habrán de purgar las penas quienes se sometan a la ley 975/05, los cuales operarían al margen de las políticas penitenciarias que el estado debe desarrollar a través de sus órganos especializados, las cuales han sido plasmadas en las normas jurídicas sobre control penitenciario.

6.2.3.3.4.8. Ahora bien, desde el punto de vista de los derechos de las víctimas a que se haga justicia, con fundamento en el principio de dignidad resulta manifiestamente desproporcionado someterlas a lo que podría ser considerado, desde su aflicción, como impunidad. La dimensión colectiva del derecho a que se haga justicia

podría verse también afectado por la percepción de impunidad que se deriva de adicionar a las significativos beneficios que en materia punitiva consagra la ley, otros beneficios en la ejecución de la pena que la desvirtúan por completo.

6.2.3.3.4.9. Por las anteriores consideraciones la Corte declarará exequible, por los cargos examinados, el inciso 2° artículo 30 en el entendido que dichos establecimientos quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, e inexecutable el artículo 31 de la ley 975/05.

6.2.3.3.4.10. Como resultado de la declaratoria de inexecutable del artículo 31, también se habrá de declarar la inconstitucionalidad por consecuencia de la expresión *“en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley”*, contenida en el artículo 17 de la Ley 975/05.

6.2.4. Presunta violación del derecho a la reparación

Luego de hacer una referencia al contenido y alcance del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, los demandantes señalan que la Ley demandada, así como el marco legal dentro del cual se están produciendo las desmovilizaciones de los integrantes de grupos al margen de la ley, violan los contenidos mínimos de dicho derecho. En los apartes que siguen de esta providencia la Corte estudiará los cargos concretos formulados contra disposiciones específicas de la Ley 975 de 2005 por presunta violación del derecho a la reparación.

6.2.4.1. Violación del derecho a la reparación por las normas en virtud de las cuales sólo concurren a la reparación los bienes adquiridos ilícitamente, u otros, si el desmovilizado los tuviese.

6.2.4.1.1. Los demandantes consideran que los apartes subrayados de los artículos 10.2, 11.5, 13.4, 17, 18 y 46, vulneran el derecho a la reparación de las víctimas por cuanto dichas normas establecen que solo los bienes obtenidos ilícitamente concurren al pago de las indemnizaciones. Los apartes demandados son los siguientes:

“Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. (...) 10.2. Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal. (...)

Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. (...) 11.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos. (...)

Artículo 13. Celeridad. (...) En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos: (...) 4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes de procedencia ilícita. (...)

Artículo 17. Versión libre y confesión. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo. (...)

Artículo 18. Formulación de imputación. Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física (sic), información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse. Razonablemente (sic) que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.

En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas. (...)

Artículo 46. Restitución. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad,

el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible”.

6.2.4.1.2. Los demandantes señalan que es deber constitucional e internacional del Estado garantizar la justa reparación de las víctimas (artículo 2 de la C.N., artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo consideran que las disposiciones demandadas vulneran este deber al no establecer la obligación de responder con bienes lícitos o propios por el daño producido. Al respecto señalan que *“la ley se refiere reiteradamente a la entrega de los bienes de procedencia ilícita, limitación agravada por la dificultad para distinguir entre los bienes de origen ‘lícito’ y los de origen ilícito.”* De otra parte, indican que las disposiciones acusadas establecen que los desmovilizados han de entregar sus bienes ‘si los tuvieren’, ‘cuando se disponga de ellos’, o ‘de ser posible’, todo lo cual facilita el fraude a la ley dado que los desmovilizados podrán eximirse de su obligación de reparar al señalar que no tienen bienes o que no pueden disponer de los bienes que fueran de su propiedad. Explican que la ley *“no indica a través de qué procedimiento ni en qué términos el operador jurídico podrá investigar los casos en los cuales el desmovilizado haga un fraude en perjuicio de las víctimas; y en el caso en que la Fiscalía tuviera elementos para considerar que hay un posible fraude, resultará en la práctica muy difícil que dentro de los 60 días previstos para la investigación se adelanten también diligencias para verificar que el desmovilizado no ha incurrido en fraude y lograr que los bienes sean entregados para la reparación”.*

Como consecuencia de los anteriores argumentos, solicitan que la Corte declare inexecutable los apartes demandados.

6.2.4.1.3. A su turno, el Ministerio del Interior y de Justicia considera que la ley demandada satisface de manera adecuada el derecho a la reparación de las víctimas. Luego de mencionar todos los artículos de la ley en los cuales se reconocen algunos principios generales en la materia, el Ministerio señala, en primer término, que las personas que dejen de informar sobre actividades ilícitas o de denunciar bienes de procedencia ilícita se someterán en esos aspectos a las leyes ordinarias que, para el efecto de los bienes, son las

leyes de extinción de dominio. Sobre la demanda parcial del artículo 17 indica que la persona debe señalar todos los bienes que entregará para la reparación sin que se limite exclusivamente a bienes ilícitos. Adicionalmente, señala que las expresiones “si los tuviere” del artículo 17 o “de ser posible” del artículo 46, se refieren a hipótesis en las cuales los bienes pueden estar en manos de otras personas del grupo al cual pertenece el beneficiario de la ley. Concluye señalando que en cualquier caso la reparación de las víctimas esta plenamente garantizada, en la medida en que los recursos para estos efectos saldrán del Fondo para la Reparación de las Víctimas financiado, adicionalmente, con recursos del presupuesto y donaciones.

6.2.4.1.4. Sobre este tema, el Centro Internacional para la Justicia Transicional señala que las normas demandadas y, en general la Ley 975 de 2005, eximen al responsable de la obligación de concurrir con su patrimonio a la indemnización de los daños que hubiere causado. Consideran que esto vulnera el derecho de las víctimas a un recurso efectivo y a obtener reparación. A su juicio, la Ley parece ordenar que la reparación a las víctimas se pague con bienes de procedencia ilícita, bienes que serán entregados al Fondo de Reparaciones por los responsables de los delitos investigados. Con ello, sin embargo, se priva a la víctima del derecho a recibir, directamente del responsable del daño causado, la indemnización o compensación económica por los perjuicios sufridos. Señala al respecto que las normas internacionales que vinculan al Estado colombiano reconocen el derecho de las víctimas o de sus herederos a un recurso efectivo para dirigirse contra el autor del daño con el propósito de obtener, cuando menos, la restitución de los bienes de que han sido despojadas y la compensación económica por el daño causado.

6.2.4.1.5. En su intervención, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones demandadas de los artículos 11.5, 13.4, 17, 18 y 46. En su criterio, estas normas vulneran el derecho a la reparación integral de las víctimas de violaciones de derechos humanos, pues no garantizan la entrega de bienes lícitos ni permiten afectar con medidas cautelares aquellos bienes producto de la actividad lícita de los responsables del daño causado. Indica que estas disposiciones adicionalmente vulneran

el derecho a la igualdad dado que en un proceso penal común el condenado debe responder con su patrimonio si hay lugar a ello.

6.2.4.1.6. Del estudio de las normas demandadas surgen dos tipos de problemas jurídicos. Un primer problema general cuya respuesta incide en las restantes decisiones y una serie de problemas jurídicos específicos relacionados con las diferentes medidas que las normas parcialmente demandadas establecen.

6.2.4.1.7. En primer lugar es necesario definir si, en procesos de justicia transicional como el que la ley demandada regula, es constitucionalmente exigible que los responsables de delitos concurren con su patrimonio al pago de las indemnizaciones a que haya lugar y adopten todas las medidas que estén a su alcance para restituir los bienes que por motivo de sus delitos fueron objeto de despojo.

6.2.4.1.8. Si la respuesta a la pregunta anterior fuera negativa las normas parcialmente demandadas serían exequibles. Sin embargo, si la respuesta fuere positiva, la Corte tendría que establecer (1) si es constitucionalmente obligatorio que las personas que aspiran a ser beneficiarias de la Ley deban entregar, como requisito de elegibilidad, bienes lícitos destinados a la reparación de las víctimas; (2) si el derecho fundamental a la reparación comporta la facultad de solicitar medidas cautelares sobre el patrimonio lícito de quien está siendo juzgado; (3) si vulnera el derecho de las víctimas a la reparación integral las disposiciones que establecen que la obligación del responsable del delito de entregar bienes sólo se hace efectiva “si los tuviere” o que condicionan el derecho a la restitución del bien objeto de despojo con la expresión: “de ser posible”. Procede la Corte a dar respuesta a las cuestiones planteadas.

6.2.4.1.9. Se pregunta la Corte si el derecho a la reparación integral garantiza que, incluso en procesos de justicia transicional, los responsables de delitos respondan con su propio patrimonio por los daños que su actividad criminal ha producido.

6.2.4.1.10. En principio podría sostenerse que si bien en la justicia ordinaria se aplica el principio general de derecho según el cual quien causa un daño debe repararlo, en procesos de justicia transicional a través de los cuales se enfrentan violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y ante un universo enorme

de víctimas directas e indirectas, quien debe responder es el Estado y no los perpetradores. Incluso podría sostenerse que puede ser una condición de quienes deciden someterse a un proceso de paz tras un legado de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, que el componente patrimonial de las reparaciones sea asumido por el Estado y no por los responsables del daño, quienes no estarían dispuestos a arriesgar su patrimonio personal que se vería completamente menguado si con él tuviera que sufragarse los cuantiosos daños producidos. Finalmente podría sostenerse que esta forma de reparación – a través de recursos públicos y no del patrimonio personal de los responsables – no supone una violación del derecho de las víctimas pues finalmente estas recibirán algún tipo de reparación, sin importar la fuente a través de la cual se financian.

6.2.4.1.11. Este argumento sin embargo tiene una serie de debilidades constitucionales que la Corte no puede dejar de advertir. En primer lugar, como entra a explicarse, no parece existir una razón constitucional que permita excepcionar el principio general según el cual todo aquel que cause un daño antijurídico está obligado a repararlo y trasladar el costo total de la reparación a los ciudadanos y ciudadanas. En segundo término, incluso si se aceptara que el Estado puede efectuar este traslado de responsabilidad, lo cierto es que no está autorizado para perdonar – ni penal ni civilmente – a quien ha cometido delitos atroces o al responsable de actos de violencia masiva o sistemática. Eximir completamente de responsabilidad civil al causante del daño equivale a una amnistía integral de la responsabilidad debida. Finalmente, parece constitucionalmente desproporcionado renunciar a perseguir el patrimonio de los responsables del daño, al menos, en aquellos casos en los cuales pueda comprobarse que las personas responsables tienen inmensas fortunas mientras que quienes han sufrido dicho daño, por efecto de este, se encuentran en dolorosas condiciones de pobreza y desarraigo. Entra la Corte a explicar cada una de estas cuestiones.

6.2.4.1.12. En primer lugar, al menos en principio, no parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a proce-

sos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por acción o por omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.

6.2.4.1.13. En efecto, en contextos de transición a la paz, podría parecer proporcionado que el responsable de delitos que ha decidido vincularse a un proceso de negociación, conserve una parte de su patrimonio de forma tal que pueda vivir dignamente e insertarse plenamente en la sociedad democrática y en el Estado de derecho. Lo que sin embargo parece no tener asidero constitucional alguno es que el Estado exima completamente de responsabilidad civil a quienes han producido los daños que es necesario reparar y traslade la totalidad de los costos de la reparación al presupuesto. En este caso se estaría produciendo una especie de amnistía de la responsabilidad civil, responsabilidad que estarían asumiendo, a través de los impuestos, los ciudadanos y ciudadanas de bien que no han causado daño alguno y que, por el contrario, han sido víctimas del proceso macrocriminal que se afronta. La Corte no desconoce que frente al tipo de delitos de que trata la ley demandada parece necesario que los recursos públicos concurren a la reparación, pero esto solo de forma subsidiaria. Esto no obsta, como ya se mencionó, para que el legislador pueda modular, de manera razonable y proporcionada a las circunstancias de cada caso, esta responsabilidad. Lo que no puede hacer es relevar completamente a los perpetradores de delitos atroces o de violencia masiva, de la responsabilidad que les corresponde por tales delitos. De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos

respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual.

6.2.4.1.14. Como lo señala el Ministerio del Interior y de la Justicia, los grupos armados al margen de la ley y sus cabecillas han acumulado inmensas fortunas o "*grandes recursos económicos*". Adicionalmente, como también lo señala el Ministerio, hacen partes de complejas estructuras y organizaciones. En estos casos, como bien lo señalan algunos de los intervinientes, resulta verdaderamente difícil distinguir todos los bienes que han sido fruto de la actividad legal de aquellos fruto de la actividad ilegal. Usualmente los bienes obtenidos ilícitamente han sido escondidos o trasladados a testaferros o incluso a terceros de buena fe a través de los cuales "lavan" los correspondientes activos. Sin embargo, las víctimas de los grupos armados suelen ser personas humildes que, además de haber sido vulneradas en su dignidad y derechos, han sido despojadas de sus propiedades, desarraigadas de su tierra, privadas de las personas que aportaban el sustento familiar, en fin, completamente desposeídas. Al respecto la Corte ya ha tenido oportunidad de constatar la existencia de cientos de miles de personas en situación de desplazamiento forzado, y condenadas a la miseria a causa de la acción de los grupos armados ilegales para quienes ha sido diseñada la Ley que se estudia. Dado que la ley ha sido creada específicamente para permitir el tránsito a la legalidad de estos grupos y de sus cabecillas, resulta indispensable incorporar, al juicio de proporcionalidad, estos elementos del contexto en el cual habrá de ser aplicada. Por las razones mencionadas, la aplicación de la ley, al menos en los casos que han sido anotados, implica una afectación manifiestamente desproporcionada de otros derechos constitucionales, como los derechos de las víctimas a la reparación integral.

6.2.4.1.15. Finalmente, no sobra señalar que, en todo caso, la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad

política de quienes definen las normas de presupuesto, pues es un derecho de las víctimas que debe ser satisfecho, especialmente, en procesos que persigan la paz y la reconciliación. Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas que la norma establece se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada.

6.2.4.1.16. Por las razones expuestas, debe sostenerse que según la Constitución, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005, responden con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados.

6.2.4.1.17. Ahora bien, se pregunta la Corte si existiendo el deber personal del responsable de reparar a la víctima con su propio patrimonio, resulta necesario que se establezca como condición de elegibilidad para poder acceder a los procesos judiciales que pueden culminar con los beneficios de que trata la Ley demandada, que las personas entreguen los bienes lícitos que integran su patrimonio.

6.2.4.1.18. Los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 parcialmente demandados, son requisitos “para acceder a los beneficios que establece la presente ley”, es decir, son condiciones de accesibilidad. En estas circunstancias no parece necesario que en esta etapa la persona entregue parte de su patrimonio lícito, pues al menos técnicamente, no existe aún un título para dicho traslado. Ciertamente, los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen y, por lo tanto, la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su verdadero propietario – mediante la restitución del bien – o al Estado. Sin embargo, su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una condena judicial que le ordene la entrega. En cambio, los bienes producto de la actividad ilegal, todos ellos sin excepción, deben ser entregados como condición previa para acceder a los beneficios que establece la Ley 975/05. El legislador puede establecer ese requisito de elegibilidad, tanto para la desmovilización colectiva como para la desmovilización individual. Por estas razones la Corte no encuentra inexequi-

bles las expresiones “producto de la actividad ilegal” del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley y “producto de la actividad ilegal” del numeral 11.5 del artículo 11 de la misma Ley. Así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

6.2.4.1.19. En segundo lugar, como fue mencionado, corresponde a la Corte establecer si resultan inconstitucionales las expresiones demandadas de los artículos 13.4 y 18 que restringen la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los bienes ilícitos de quienes se acogieren a la Ley 975 de 2005.

6.2.4.1.20. Ahora bien, constata la Corte que si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas. Por estas razones, la Corte procederá a declarar inexequibles las expresiones “de procedencia ilícita” del numeral 4 del artículo 13 y “de procedencia ilícita que hayan sido entregados” del inciso segundo del artículo 18 de la Ley demandada.

La parte restante del citado artículo 18 será declarada exequible, por las diversas razones expuestas en los apartes 6.2.3.1.7. y 6.2.3.2.2. de la presente providencia.

6.2.4.1.21. Finalmente, debe la Corte definir si, como lo señalan los demandantes, algunos intervinientes y el Procurador General, las disposiciones que establecen que los desmovilizados han de entregar sus bienes ‘si los tuvieren’, ‘cuando se disponga de ellos’, o ‘de ser posible’, facilita el fraude a la ley dado que los desmovilizados podrán eximirse de su obligación de reparar al señalar que no tienen bienes o que no pueden disponer de los bienes que fueran de su propiedad, en desmedro de los derechos de las víctimas a la reparación.

6.2.4.1.22. Como ya ha sido mencionado, las personas beneficiarias de la ley estudiada tienen la obligación de reparar con su propio patrimonio y de adelantar la totalidad de los actos destinados a la reparación de los derechos de las víctimas. En ese sentido,

tal y como se exige a las víctimas y a la sociedad que acepten el tránsito a la legalidad de quienes han cometido delitos de extrema gravedad y crueldad, también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa. Frente a este deber, la ley no puede avalar con expresiones ambiguas que se oculten bienes con el fin de evadir el deber de reparar a las víctimas.

6.2.4.1.23. Será entonces el juez quien defina la suerte de tales bienes e incluso de aquellos otros que no fueron indicados al Estado en su debido momento pero que hacen parte del patrimonio del procesado o que son bienes de procedencia ilícita que este no denunció. Al respecto no sobra recordar que el derecho, en un Estado democrático, tiene ya incorporados mecanismos que sirven simultáneamente para evitar el fraude a la ley de quienes oculten sus bienes sin exigir lo imposible. Son reglas básicas que guían la actividad del juez pero cuya ambigua consagración en la ley bajo estudio genera importantes dudas de constitucionalidad. Ciertamente, tal y como lo señalan los demandantes, algunos intervinientes y el Procurador, las cláusulas parcialmente demandadas pueden ser interpretadas de forma tal que al desmovilizado no se le exige esfuerzo alguno para deshacer los negocios que le han permitido ocultar su patrimonio o para encontrar bienes de procedencia ilícita que tiene claramente identificados pero que no se encuentran en su poder. Este comportamiento no honra en absoluto la obligación de reparar que la Constitución, las normas civiles y los tratados internacionales exigen. Por esta razón, la Corte declarará inexecutable las expresiones “cuando se disponga de ellos” del numeral 11.5 del artículo 11, “si los tuvieren” del inciso segundo del artículo 17, y “de ser posible” contenida en el artículo 46.

6.2.4.1.24. Finalmente, la Corte procederá a integrar la unidad normativa con la expresión “si los tuviese” contenida en el inciso segundo del artículo 44, pues esta expresión tiene el mismo contenido normativo que las expresiones que la Corte considera in-

constitucionales y, en consecuencia, se configura una de las tres causales excepcionales de integración. En efecto, como lo ha señalado la Corporación, la unidad normativa tiene lugar cuando ello sea necesario para evitar que el fallo sea inocuo o cuando resulta indispensable para pronunciarse de fondo sobre un asunto. Estas hipótesis se configuran en uno de los siguientes tres casos: en primer lugar, cuando es preciso integrar la proposición jurídica para que la norma demandada tenga un significado jurídico concreto. En segundo término, cuando resulte imprescindible integrar la unidad normativa de manera tal que el fallo no sea inocuo. Y, en tercer término, cuando la disposición impugnada se encuentre íntima e inescindiblemente relacionada con otra norma que parece inconstitucional³⁶. En el presente caso, la unidad normativa resulta imprescindible para evitar que el fallo de constitucionalidad resulte parcialmente inocuo pues mientras se excluye del ordenamiento

³⁶ En la Sentencia C-539/99, se enunciaron, como siguen, las hipótesis que permiten la integración de la unidad normativa: “Excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos. En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo. Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”. Sobre integración de la proposición jurídica pueden consultarse las Sentencias C-320/97; C-560/97, C-565/98 y C-1647/00; C-064/05. Sobre integración de unidad normativa respecto de normas que resultan prima facie inconstitucionales, Cfr. Sentencia C-320/97; C-871 de 2003.

jurídico la cláusula contenida en los artículos 11.5 y 17, se mantendría aquella contenida en el artículo 44, produciendo con ello los efectos jurídicos inconstitucionales que la Corte esta llamada a evitar. En consecuencia, se procederá a la declaratoria de inexecutable de la expresión “si los tuviese” contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley demandada.

6.2.4.2. Presunta violación del derecho a la reparación por cuanto no todas las víctimas podrán reclamar una reparación.

6.2.4.2.1. Se demandan los apartes subrayados de los artículos 5, 47 y 48 de la Ley, así:

“Artículo 5°. Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizados por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física (sic), psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como conse-

cuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

(...) Artículo 47. Rehabilitación. La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación.

Artículo 48. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir: (...)

49.3 (sic) La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad”.

6.2.4.2.2. Para los actores, la definición del concepto de víctima consagrada en estos artículos es restrictiva pues excluye a personas que han sufrido daños y que tienen derecho a un recurso judicial para reclamar ante las autoridades la satisfacción de sus derechos. Al respecto señalan que “los hermanos de una persona desaparecida forzosamente o asesinada, u otros familiares que no estén en primer grado de consanguinidad, no tendrían derecho a reclamar una reparación. Tratándose de un miembro de la fuerza pública que haya sido asesinado en el marco del conflicto armado, sólo serán víctimas el ‘cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad’. En cuanto a la rehabilitación, la ley prevé que únicamente la víctima directa y los familiares en primer grado de consanguinidad recibirán atención médica y psicológica”.

6.2.4.2.3. Indican que en contraste con estas disposiciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “19 comerciantes vs. Colombia” del 5 de julio de 2004, así como en la sentencia del caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” del 25 de noviembre de 2003, consideró que los hermanos de las

víctimas directas también son víctimas y deben ser reparados; lo que es más, en la primera de estas sentencias consideró a un primo de la víctima como afectado y titular del derecho a la reparación.

6.2.4.2.4. Por lo tanto, afirman que la limitación del concepto de víctima, y por ende de la obligación de reparación, es inconstitucional y contrario a la regulación internacional de la materia: “Al restringir el concepto de víctimas por debajo de los parámetros definidos por la normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional en la materia, la ley 975 contradice la Constitución de manera múltiple, tanto en relación con el preámbulo, como con el artículo 2, el 5, el 9, el 93 y el 213.2, entre otros”.

En consecuencia solicitan que la Corte declare la constitucionalidad condicionada de los apartes demandados, en el siguiente sentido:

“- Para efectos de la definición de víctima establecida en el artículo 50 de la Ley 975 de 2005, se tengan como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primero y segundo grado de consanguinidad y primero civil.

- La atención médica y psicológica de rehabilitación prevista en el artículo 47 de la ley 975 de 2005 se extienda al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primero y segundo grado de consanguinidad y primero civil.

- La decisión judicial a la cual se refiere el artículo 48 en su numeral 48.3 (erróneamente indicado como 49.3 en el texto de la ley publicado en el Diario Oficial) por medio de la cual se dé término al proceso penal de acuerdo con lo establecido en la Ley 975 de 2005, debe restablecer los derechos del cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primero y segundo grado de consanguinidad y primero civil”.

6.2.4.2.5. Para analizar este cargo específico no es posible juzgar aisladamente las expresiones acusadas. En efecto, estas se inscriben en incisos en los cuales se enuncian elementos atinentes a la definición de víctima, elementos que rebasan el del parentesco. El cabal entendimiento de lo acusado exige hacer una integración normativa con todo el inciso correspondiente, es decir, los incisos 2 y 5 del artículo 5.

6.2.4.2.6. Los demandantes consideran que las disposiciones demandadas establecen una restricción al limitar a los parientes en primer grado de consanguinidad el derecho a ser reconocidos como víctimas para los efectos de la Ley que se estudia. Al estudiar las expresiones demandadas partiendo de todo el inciso en el cual se inscriben, la Corte encuentra que las mismas establecen una presunción a favor de los parientes en primer grado de consanguinidad y primero civil de la víctima directa. En efecto, tales incisos empiezan diciendo que “también se tendrá por víctima” o “asimismo”. La cuestión entonces reside en determinar si tales disposiciones pueden dar lugar a la exclusión del reconocimiento de la calidad de víctimas de otros familiares (como los hermanos, abuelos o nietos) que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados ilegales que decidan someterse a la Ley estudiada.

6.2.4.2.7. Como ya se mencionó en un aparte anterior de esta providencia, todas las personas que hubieren sido víctimas o perjudicadas por un delito, tienen derecho a un recurso efectivo para solicitarle al Estado la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación³⁷. La limitación arbitraria del universo de

³⁷ Sobre los derechos de acceso a la administración de justicia y a un recurso efectivo ha dicho la Corte Constitucional: En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos. C-228 de 2002

personas con capacidad de acudir a las autoridades judiciales para la satisfacción de sus derechos, da lugar a la violación del derecho de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución y 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

6.2.4.2.8. Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los familiares de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos como por ejemplo, del delito de desaparición forzada, tienen derecho a ser consideradas víctimas para todos los efectos legales, constitucionales y convencionales. Adicionalmente, el Protocolo I reconoce el “derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”³⁸, lo cual no está referido únicamente a la posibilidad de obtener una indemnización económica³⁹. Así mismo, el artículo 79 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece: “Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de delitos de la competencia de la Corte y de sus familias”.

6.2.4.2.9. La Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han entendido que son víctimas o perjudicados, entre otros, las víctimas directas y sus familiares, sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctimas del delito, el grado de relación o parentesco. En este sentido la Corte Interamericana ya ha señalado lo siguiente:

³⁸ Ver el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

³⁹ El derecho a saber la verdad en el caso de personas desaparecidas o fallecidas durante el conflicto en la Antigua República de Yugoslavia fue recogido en el Tratado de Paz entre Croacia y Bosnia y Herzegovina, concluido el 21 de noviembre de 1995 en Dayton (Estados Unidos) y firmado en París el 14 de diciembre de 1995, en los siguientes términos (traducción no oficial): “2. Los Estados Parte se comprometen a permitir el registro de tumbas y la exhumación de cadáveres de fosas individuales o colectivas que se encuentren en su territorio, así como el acceso de personal autorizado dentro de un período de tiempo definido para la recuperación y evacuación de los cadáveres de militares o civiles muertos con ocasión del conflicto armado y de los prisioneros de guerra fallecidos.”

“216. Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables”^{40, 41}

6.2.4.2.10. En el mismo sentido, por sólo citar algunos casos adicionales, en la Sentencia de 14 de marzo de 2001⁴², la Corte reconoció el derecho de los familiares – sin distinción por grado de parentesco - al conocimiento de la verdad respecto de las violaciones de derechos humanos y su derecho a la reparación por los mismos atropellos. Al respecto, entre otras consideraciones, la Corte señaló: “Este tipo de leyes (se refiere a las leyes de autoamnistia) impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”. En el mismo sentido en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003⁴³, señaló: “su función (se refiere

⁴⁰ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 11, párr. 66; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 190, párr. 188, y *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 5, párr. 209.

⁴¹ *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Los hechos que suscitaron el caso consistieron en la llegada al aeropuerto de San José de Guaviare de aproximadamente un centenar de miembros de la autodefensas Unidas de Colombia (AUC), procedentes del Urabá antioqueño. A su llegada fueron recogidos por miembros del Ejército Nacional, y transportados hasta el municipio de Mapiripán, en camiones de esa Institución. Durante su permanencia en Mapiripán, los paramilitares secuestraron, torturaron, asesinaron y descuartizaron a 49 personas, a las que acusaban de auxiliar a la guerrilla. La Fiscalía concluyó que la masacre se había perpetrado con el apoyo y aquiescencia de la Fuerza Pública. Pese a ser informados, los comandantes del ejército se mantuvieron en completa inactividad. Transcurridos más de ocho años, la justicia penal no había logrado identificar a las víctimas, y solo había juzgado y sancionado a unas pocas personas comprometidas en la masacre.

⁴² *Caso Barrios Altos vs. Perú*. En este caso los hechos acaecidos consistieron en el asalto por parte de seis miembros del ejército peruano a un inmueble ubicado en el vecindario conocido como “Barrios Altos” de la ciudad de Lima, donde dispararon indiscriminadamente contra los ocupantes de la vivienda, matando a quince de ellos e hiriendo gravemente a otros cuatro.

⁴³ *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*. Los hechos que motivaron este proceso consistieron en el ataque a Myrna Mack Chang, antropóloga, por parte

a la función de los órganos judiciales) no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable⁴⁴ el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables⁴⁵. Finalmente, en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005⁴⁶, se señaló: “219. En efecto, es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva⁴⁷. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación⁴⁸”: En suma, el intérprete autorizado de la

de dos personas que le propinaron 27 heridas de arma blanca, causándole la muerte. Las investigaciones llevaron a concluir que el homicidio fue perpetrado por agentes de seguridad del Estado guatemalteco, en represalia al trabajo que ella adelantaba para establecer las causas y consecuencias del fenómeno del desplazamiento forzado de comunidades indígenas en Guatemala.

⁴⁴ Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 9, párr. 114; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 260, párr. 142 a 144; y *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71 y 72.

⁴⁵ Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 9, párr. 114.

⁴⁶ *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Los hechos que suscitaron el caso consistieron en la llegada al aeropuerto de San José de Guaviare de aproximadamente un centenar de miembros de la autodefensas Unidas de Colombia (AUC), procedentes del Urabá antioqueño. A su llegada fueron recogidos por miembros del Ejército Nacional, y transportados hasta el municipio de Mapiripán, en camiones de esa Institución. Durante su permanencia en Mapiripán, los paramilitares secuestraron, torturaron, asesinaron y descuartizaron a 49 personas, a las que acusaban de auxiliar a la guerrilla. La Fiscalía concluyó que la masacre se había perpetrado con el apoyo y aquiescencia de la Fuerza Pública. Pese a ser informados, los comandantes del ejército se mantuvieron en completa inactividad. Transcurridos más de ocho años, la justicia penal no había logrado identificar a las víctimas, y solo había juzgado y sancionado a unas pocas personas comprometidas en la masacre.

⁴⁷ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 4, párr. 145; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 185, párr. 131, y *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 5, párr. 157.

⁴⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 4, párr. 147; *Caso Hermanas*

Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículos 8 y 25 hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que los parientes, sin distinción, que puedan demostrar el daño, tienen derecho a un recurso efectivo para exigir la satisfacción de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

6.2.4.2.11. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó. Subraya la Corte que en las presunciones establecidas en los incisos 2 y 5 del artículo 5 se incluyen elementos definitorios referentes a la configuración de ciertos tipos penales. Así, en el inciso 2 se señala que la condición de familiar víctima se concreta cuando a la “víctima directa” “se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”. Es decir, que los familiares en el grado allí señalado se tendrán como víctimas solo en tales supuestos. Esto podría ser interpretado en el sentido de que los familiares, aun en el primer grado establecido en la norma, no se consideran víctima si un familiar no fue muerto o desaparecido. Esta interpretación sería inconstitucional por limitar de manera excesiva el concepto de víctima a tal punto que excluiría de esa condición y, por lo tanto, del goce de los derechos constitucionales propios de las víctimas, a los familiares de los secuestrados, de los que sufrieron graves lesiones, de los torturados, de los desplazados forzosamente, en fin, a muchos familiares de víctimas directas de otros delitos distintos a los que para su configuración exigen demostración de la muerte o desaparición. Esta exclusión se revela especialmente gravosa en casos donde tal delito recae sobre familias enteras, como sucede con el desplazamiento forzado, o donde la víctima directa estando viva o presente ha sufrido un daño psicológico tal que se rehúsa a hacer valer para sí misma sus derechos, como podría ocurrir en un caso como la tortura. Las víctimas que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico, así como sus familiares que cumplan los requisitos probatorios correspondientes, pueden hacer valer sus derechos.

Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 63, y *Caso 19 Comerciantes supra* nota 193, párr. 186.

6.2.4.2.12. En este sentido, afectaría el derecho a la igualdad y los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que el legislador tuviera como perjudicado del delito sólo a un grupo de familiares y sólo por ciertos delitos, sin atender a que en muchos casos el grado de consanguinidad deja de ser el factor más importante para definir la magnitud del daño causado y la muerte o la desaparición no son los únicos aspectos relevantes para identificar a las víctimas de grupos armados ilegales. Al respecto la sentencia citada señaló:

Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial. La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

6.2.4.2.13. Más adelante, en la Sentencia C-578 de 2002⁴⁹, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 por medio de la cual se aprobó el estatuto de la Corte Penal Internacional, al referirse a los criterios de ponderación de los valores de justicia y paz, dijo la Corte:

⁴⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

“No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva.⁵⁰ Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.”

6.2.4.2.14. En suma, según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo sí se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación.

6.2.4.2.15. Por las razones expuestas, la Corte considera que viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las dis-

⁵⁰ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CP.4/Sub.2/1994/11 y E/CP.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, Stephens, Beth. Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law: Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime?. En 60 Albany Law Review 579, 1997.

posiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada.

6.2.4.2.16. En consecuencia, la Corte procederá a declarar exequibles, por los cargos examinados, los incisos segundo y quinto del artículo 5º, en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Adicionalmente, procederá a declarar exequible la expresión “en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la reparación de las víctimas”, contenida en el artículo 47, sin perjuicio de analizar otro cargo sobre este mismo artículo con posterioridad (aparte 6.2.4.3.3.), en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Finalmente, declarará la exequibilidad de la expresión “en primer grado de consanguinidad” del numeral 49.3, en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometido por miembros de grupos armados al margen de la ley.

6.2.4.3. Cargos relativos a las limitaciones presupuestas aplicables al Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Los demandantes han formulado cargos contra distintos apartes de los artículos 47, 54 y 55 de la Ley 975 de 2005, por considerar que en ellos se establecen limitaciones de índole presupuestal para

la reparación de los daños sufridos por las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por los desmovilizados que se acojan a los beneficios penales y procedimentales que se estudian; por su conexidad temática, estos cargos serán resueltos en el presente capítulo.

6.2.4.3.1. *Inconstitucionalidad de la sujeción de las indemnizaciones decretadas judicialmente a la disponibilidad de recursos en el Presupuesto General de la Nación.*

6.2.4.3.1.1. La Corte se pronunciará en primer lugar sobre el cargo formulado contra el numeral 56.1 del artículo 55 de la Ley 975/05. Según este artículo, corresponde a la Red de Solidaridad Social la función de *“liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional”*. Los actores consideran que la limitación de la liquidación y pago de las referidas indemnizaciones judiciales a la disponibilidad presupuestal establecida en el Presupuesto General de la Nación constituye una violación del derecho de las víctimas a la reparación, puesto que equivale a sujetar la obligación estatal de garantizar dicha reparación a la existencia de suficientes recursos para ello. Explican que, por el contrario, en caso de que se decrete judicialmente una determinada indemnización para las víctimas, el Gobierno Nacional está obligado a apropiarse los recursos presupuestales necesarios para pagarla; y afirman que el Estado colombiano *“no puede excusarse de pagar las indemnizaciones con el argumento de que los recursos disponibles para el efecto en el fondo respectivo son inferiores a los montos ordenados por cualquiera de estos tribunales”*.

6.2.4.3.1.2. La Corte considera necesario detenerse en el contenido preciso de la norma que se estudia para dilucidar este cargo de inconstitucionalidad. En virtud de tal disposición, la Red de Solidaridad, al momento de *liquidar y pagar* las indemnizaciones que hayan sido decretadas por los jueces de conformidad con las disposiciones establecidas en la misma Ley 975 de 2005, habrá de sujetarse a los límites establecidos para ello en el Presupuesto Nacional. Ello implica que, en virtud de esta norma, pueden presentarse situaciones en las cuales una indemnización que ha sido reconocida y ordenada por un juez, creando así un derecho cierto y concreto en

cabeza de una o más víctimas, puede ser limitada al momento de su liquidación y pago por parte de la Red de Solidaridad Social, en caso de que no exista suficiente disponibilidad de recursos en el Presupuesto Nacional para ello. En otras palabras, la norma que se estudia permite que la materialización de un derecho cierto y reconocido judicialmente –v.g. el derecho a recibir una indemnización decretada judicialmente en tanto elemento de la reparación por los daños sufridos en virtud de violaciones de los derechos humanos- quede sujeta a una contingencia posterior, consistente en que existan suficientes recursos dentro del Presupuesto Nacional para pagarla.

6.2.4.3.1.3. En criterio de la Corte, esta limitación es desproporcionada, y constituye una afectación excesiva del derecho de las víctimas a la reparación. Una vez que se ha ordenado, como consecuencia de un proceso judicial adelantado con las formalidades de la ley, que una persona que ha sido víctima de una violación de sus derechos humanos tiene derecho a recibir una determinada suma de dinero en calidad de indemnización, se consolida a su favor un derecho cierto que no puede estar sujeto a posteriores modificaciones, mucho menos cuando éstas se derivan de la disponibilidad de recursos en el Presupuesto General de la Nación. Una vez se haya llegado a una decisión judicial sobre el monto de la indemnización a decretar para reparar los daños sufridos por las víctimas, ésta genera un derecho cierto que no puede ser modificado posteriormente por la Red de Solidaridad Social, en su función de liquidador y pagador de dichas indemnizaciones.

6.2.4.3.1.4. Adicionalmente, el deber de reparar recae sobre el responsable del delito que causó el daño, de tal forma que el presupuesto general de la nación no es la única fuente de recursos para financiar el pago de las indemnizaciones judicialmente decretadas. La norma juzgada parecería eximir al condenado de su deber de reparar en cuanto al elemento de la indemnización.

6.2.4.3.1.5. Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación (artículo 52.6). Lo

que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido, situación diferente a aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho.

6.2.4.3.1.6. Por las anteriores razones, al constituir una afectación desproporcionada del derecho de las víctimas a la reparación que violenta las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en la materia, la expresión "*dentro de los límites autorizados en el Presupuesto Nacional*" del numeral 56.1 del artículo 55 será declarada inexecutable.

6.2.4.3.2. *Inhibición respecto de la expresión acusada del primer inciso del artículo 55.*

6.2.4.3.2.1. Por las mismas razones, se controvierte en la demanda lo dispuesto en el primer inciso del artículo 55 de la Ley 975/05, que atribuye ciertas funciones a la Red de Solidaridad Social en relación con el Fondo para la Reparación de las Víctimas, y sujeta su cumplimiento al presupuesto asignado a dicho Fondo. Para los actores, condicionar el derecho de las víctimas a la reparación a la existencia de suficientes recursos en el presupuesto del Fondo de Reparación constituye un desconocimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales de Colombia.

6.2.4.3.2.2. Sin embargo, para la Corte el cargo que se formula contra el primer inciso del artículo 55 no guarda una debida correspondencia con el contenido de esta norma. En efecto, el inciso en comento contiene una enunciación de tipo general, que no se refiere concretamente a la reparación debida a las víctimas de violaciones de derechos humanos, sino que establece en términos genéricos que la Red de Solidaridad Social, cuyo Director es el ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas, tendrá ciertas atribuciones concretas, que habrá de ejercer de conformidad con el presupuesto con el que cuente dicho fondo. En este inciso no se de-

termina cuál habrá de ser la composición de dicho presupuesto, ni cómo se habrá de destinar al pago de reparaciones en casos concretos, ni cuáles habrán de ser los criterios o límites a respetar cuando se destinen sus recursos a satisfacer el derecho a la reparación.

6.2.4.3.2.3. En consecuencia, dado que la norma que se ha acusado no se refiere al derecho de las víctimas a la reparación, y que su posible incidencia sobre casos concretos habrá de determinarse en cada circunstancia particular sin que de su texto se derive una afectación expresa del derecho de las víctimas a obtener reparación por los daños sufridos, concluye la Corte que el cargo que contra ella se formula no guarda correspondencia con su tenor literal. No compete a esta Corporación efectuar interpretaciones de este inciso que trasciendan lo que expresamente se dispone en él, que se repite, constituye un enunciado general sobre el funcionamiento del Fondo, y no una disposición que explícitamente afecte el derecho de las víctimas a la reparación. Por lo tanto, en relación con esta disposición la Corte se declarará inhibida para resolver.

6.2.4.3.3. *Constitucionalidad del primer inciso del artículo 47.*

6.2.4.3.3.1. Controvierten los demandantes el primer inciso del artículo 47 de la Ley 975/05, en virtud del cual la rehabilitación—que se define en el artículo 44 *ibídem* como uno de los posibles elementos de la reparación, junto con la restitución, la indemnización y la satisfacción—*deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas*". En su criterio, la expresión *"de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas"* constituye una afectación del derecho a la reparación, por cuanto sujeta la efectividad de ésta a que existan recursos suficientes en dicho presupuesto.

6.2.4.3.3.2. Ya se ha pronunciado la Corte en apartes anteriores de esta misma sentencia sobre el hecho de que esta norma contiene una presunción sobre quiénes se han de considerar como *víctimas*, esto es, cuáles parientes de los directamente afectados por hechos de violencia se deben considerar incluidos dentro de la respectiva presunción, para efectos de acceder al derecho a la rehabilita-

ción que allí se consagra –presunción que, como ya se explicó, no se puede interpretar en el sentido de excluir a otras personas que pueden haber sido afectadas por tales hechos delictivos-. Dentro de este mismo entendimiento, considera la Corte que la expresión “*de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas*” ha de leerse no como una limitación presupuestal -en el sentido de que únicamente se puede otorgar el beneficio de la rehabilitación cuando exista disponibilidad de recursos para ello-, sino como una disposición técnica-presupuestal destinada a financiar la referida presunción sobre quiénes tienen la condición de víctima. En otras palabras, la Corte discrepa de la lectura que hacen los demandantes de la expresión acusada, puesto que ésta no constituye una limitación del alcance de la rehabilitación en casos concretos, sino una disposición de tipo general destinada a armonizar la noción de víctima consagrada en el artículo 47 con el alcance del presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas; de tal manera, al momento de establecer el referido presupuesto, las autoridades competentes han de tener en cuenta necesariamente el alcance de la presunción plasmada en el artículo 47 de la Ley 975/05 sobre quiénes tienen la condición de *víctima* y, por ende, *prima facie* pueden acceder al derecho a la rehabilitación.

6.2.4.3.3.3. Lo anterior no excluye que otras víctimas de grupos armados al margen de la ley, como pueden ser en algunos eventos los desplazados de ciertas zonas del país, puedan invocar y demostrar su condición de tales para efectos de exigir rehabilitación, de ser ella pertinente en el caso concreto.

6.2.4.3.3.4. En estos términos, considerando que la expresión “*de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas*” no es una expresión que limite el alcance de la rehabilitación en casos concretos sino que, por el contrario, busca armonizar el presupuesto del Fondo para la Reparación con el alcance de la noción de “víctima” consagrada en este artículo, dicha norma se habrá de declarar executable, en los términos establecidos en los apartes anteriores de esta sentencia – es decir, entendiendo que la referida definición de víctima no excluye de tal categoría a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de las

conductas delictivas cometidas por miembros de grupos armados al margen de la ley.

6.2.4.3.4. Exequibilidad del artículo 54, inciso segundo, únicamente por los cargos examinados. La necesidad de un condicionamiento sobre el deber de reparación de quienes pertenecieron a un grupo armado específico por los delitos cometidos por dicho grupo.

6.2.4.3.4.1. Por último, controvierten los demandantes lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 54 de la Ley 975/05, en virtud del cual el Fondo para la Reparación de las Víctimas estará integrado *“por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley”* –expresión que se acusa–, así como por recursos del presupuesto nacional y donaciones nacionales o extranjeras. En otros apartes de esta providencia, la Corte se pronuncia sobre la responsabilidad que asiste a los desmovilizados de grupos armados ilegales, en el sentido de que su propio patrimonio debe quedar afecto al pago de las indemnizaciones a las que haya lugar por los delitos cometidos con ocasión de su pertenencia a un grupo armado ilegal específico, tanto en forma individual como solidaria. Ahora debe la Corte estudiar el cargo según el cual esta disposición es violatoria del derecho a la *restitución* en tanto componente del derecho a la reparación, por cuanto no se establece explícitamente en la norma que los bienes que hayan sido usurpados violentamente a personas concretas que tenían derecho sobre ellos –como propietarios, poseedores, ocupantes o tenedores– deben ser restituidos a tales personas en las mismas condiciones en que los tenían antes del despojo, en vez de ingresar a la masa general de bienes que integran el Fondo para la Reparación de las Víctimas.

6.2.4.3.4.2. En relación con este cargo específico, sin embargo, considera la Corte que no están dados los presupuestos para adoptar un pronunciamiento, por cuanto no se ha demandado en el presente proceso la norma de la Ley 975/05 sobre el alcance de la restitución en tanto elemento de la reparación, y no están dadas las condiciones para acudir a la integración normativa en este punto

específico. En efecto, los demandantes controvierten una norma general sobre los bienes que han de integrar el Fondo para la Reparación de las Víctimas y solicitan a la Corte que interprete tal afirmación general a la luz de ciertas normas nacionales e internacionales sobre el deber de restitución; sin embargo, la norma de la misma ley que establece el alcance del deber de restitución no ha sido demandada para integrar debidamente el cargo. Ello no implica que en una oportunidad futura, en la cual se demande efectivamente la norma legal que regula el alcance de la restitución en casos concretos, la Corte no pueda pronunciarse sobre el asunto y resolver así los cargos contenidos en la demanda. De esta forma, el efecto de cosa juzgada que tendrá la decisión adoptada en la presente sentencia sobre el artículo 54 se limitará únicamente a los cargos atinentes a la responsabilidad patrimonial que asiste a los miembros de grupos armados ilegales específicos desmovilizados en relación con el derecho de sus víctimas a la reparación.

6.2.4.4. La responsabilidad civil solidaria de los grupos armados al margen de la ley

6.2.4.4.1. Se demandan en este segmento los apartes subrayados del artículo 54:

“Artículo 54. Fondo para la reparación de las víctimas. Créase el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. Los recursos del Fondo se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado.

El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.

Los recursos administrados por este Fondo estarán bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República”.

6.2.4.4.2. Advierte la Corte que la satisfacción integral del derecho a la reparación de las víctimas exige una referencia a la responsabilidad de los grupos armados organizados al margen de la ley que incurren en conductas delictivas.

6.2.4.4.3. Conforme se establece de los antecedentes de la ley 975 de 2005 y de su propia denominación "*por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional (...)*", los destinatarios de la ley son los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en razón a su pertenencia a un grupo específico como tal.

6.2.4.4.4. El objeto de la ley es facilitar de los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil, de los miembros de los *grupos* armados organizados al margen de la ley. Tales grupos pueden consistir en bloques o frentes, es decir, en grupos armados específicos que realizaron sus actividades delictivas en una zona determinada del territorio nacional (art. 1º).

6.2.4.4.5. El ámbito de aplicación de la ley es lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a *grupos* armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos *durante y con ocasión de la pertenencia a los grupos específicos* que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional (Art. 2º).

6.2.4.4.6. El acceso a los beneficios penales que contempla la ley está explícitamente condicionado, desde el punto de vista del sujeto, a la pertenencia a un grupo armado específico y a la desmovilización colectiva de dicho grupo o individual de algunos de sus integrantes, y, desde el punto de vista causal, a los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a un grupo armado específico (Arts. 10 y 20).

6.2.4.4.7. Lo anterior conduce a señalar que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasiona-

dos individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual⁵¹, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados. Todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados a los grupos armados, lo que fundamenta la responsabilidad civil del grupo específico al amparo del cual se cometieron los delitos juzgados por parte de miembros de un grupo armado determinado, calificados como tales judicialmente.

6.2.4.4.8. Aunque estas precisiones sobre el ámbito de la responsabilidad civil se efectúan específicamente respecto de los hechos que caen bajo el ámbito de la Ley 975/05, y en atención a sus especificidades y particularidades, no es extraño a la tradición jurídica colombiana la solidaridad en la responsabilidad civil derivada del hecho punible, o su ampliación a personas distintas a los penalmente responsables. Así conforme a esta tradición los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que conforme a la ley sustancial, están obligados a responder⁵². De acuerdo con esta con-

⁵¹ Aún bajo los nuevos paradigmas de responsabilidad penal acogidos por la ley penal colombiana. En este sentido, establece el artículo 23 del código penal que: “también es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente (...)”.

⁵² Art. 96 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “Obligados a indemnizar. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”.

cepción de la responsabilidad están obligados a reparar los daños derivados de una conducta punible (i) los penalmente responsables; (ii) los que de acuerdo con la ley sustancial deben responder por los hechos cometidos por otros, es decir los conocidos como terceros civilmente responsables, y (iii) los que se enriquecen ilícitamente con el delito.

6.2.4.4.9. Ahora bien, la figura de la responsabilidad patrimonial solidaria por perjuicios producidos a terceros tiene clara aplicación en otros ámbitos del ordenamiento colombiano. Así, por ejemplo, en el campo del derecho comercial el propio Legislador ha establecido el principio de responsabilidad solidaria cuando, de hecho, varias personas se asocian para realizar ciertas actividades, así estas no sean necesariamente delictivas: el artículo 501 del Código de Comercio, al regular la responsabilidad de los integrantes de las sociedades de hecho, dispone que en este tipo de agrupaciones “todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas”, y que “los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o a favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos”. En el caso de la Ley 975/05 se trata de conductas delictivas y de grupos ilegales armados, lo cual explica que la propia ley haya establecido mecanismos de responsabilidad colectiva para efectos de la reparación (artículo 42 de la Ley 975 de 2005).

6.2.4.4.10. Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente. Los daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal cuyos miembros judicialmente identificados sean beneficiarios de las dis-

posiciones de la ley, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley.

6.2.4.4.11. El artículo 54, bajo examen establece que el fondo para la reparación de las víctimas estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y por donaciones en dinero o especie, nacionales o extranjeras. La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes.

6.2.4.4.11. No obstante, si bien el artículo 54, inciso segundo, señala que el Fondo para la Reparación se nutre de *“los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley”*, no señala a qué título responden los miembros del grupo específico, es decir, del bloque o frente dentro del cual realizaron actividades delictivas. Tampoco indica en qué situación se encuentran las víctimas de cada frente o bloque en punto a la indemnización de los perjuicios que tales grupos específicos le ocasionaron. De tal manera que dicho artículo establece un mecanismo de reparación colectiva, sin indicar aspectos esenciales de la responsabilidad en que dicha reparación colectiva encuentra fundamento. Esto crea una ambigüedad sobre las bases y los alcances de dicha responsabilidad, a tal punto que se podría concluir que las víctimas solo tienen derecho a la

reparación en la medida en que el perpetrador específico del delito que les ocasionó el daño cuente con recursos suficientes para pagar la correspondiente indemnización, lo cual sería una afectación desproporcionada de dicho derecho que quedaría librado a la disponibilidad de recursos de cada individuo perpetrador del delito. Esa interpretación es manifiestamente inconstitucional en el contexto de la desmovilización de grupos armados al margen de la ley estimulada por beneficios penales. Por eso, es necesario condicionar la exequibilidad de la norma, sin impedir que el Fondo de Reparación sea alimentado por recursos del presupuesto nacional y por donaciones, habida cuenta del goce efectivo del derecho a la reparación de las víctimas que podría verse seriamente disminuido si el Fondo de Reparación fuera integrado exclusivamente con bienes o recursos de los integrantes de cada frente o bloque armado ilegal.

6.2.4.4.12. Los argumentos relativos a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas a la reparación se atienden con el condicionamiento que la Corte introducirá a la norma, en el sentido que quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del grupo armado específico responden civilmente, de manera solidaria, con su patrimonio, por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del bloque o frente al cual pertenecieron, no solo por los perjuicios derivados de los delitos por los cuales fueron individualmente condenados.

6.2.4.4.13. En consecuencia la Corte declarará exequible, por los cargos examinados, el inciso 2° del artículo 54, en el entendido que todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctima de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado específico al cual pertenecieron. [...]

El desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Acevedo Buendía y otros
("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú
Sentencia de 1 de julio de 2009
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 1 de abril de 2008, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió a la Corte una demanda contra la República del Perú (en adelante "el Estado" o "el Perú"). Dicha demanda se originó en la denuncia N° 12.357 remitida a la Secretaría de la Comisión el 12 de noviembre de 1998 por los integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú (en adelante "la Asociación" o "la Asociación de Cesantes y Jubilados") y ampliada el 24 de enero de 2000, fecha en que designaron como representante legal, *inter alia*, al Centro de Asesoría Laboral (en adelante "CEDAL"). El 9 de octubre de 2002 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad N° 47/02, mediante el cual declaró admisible la petición. Posteriormente, el 27 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de fondo N° 125/06, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contie-

ne determinadas recomendaciones para el Estado^{1*2}. El 1 de abril de 2008 la Comisión decidió, en los términos de los artículos 51.1 de la Convención y 44 de su Reglamento, someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte, considerando que “el Estado no había cumplido con las recomendaciones” señaladas en el Informe de fondo N° 125/06. La Comisión designó como Delegados al señor Paolo Carozza, Comisionado, y al señor Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, y como asesores legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Norma Colledani y Manuela Cruz Rodríguez, especialistas de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión.

2. En la demanda la Comisión se refirió al supuesto incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001 que ordenan “que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los integrantes de la Asociación actora las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados”, respecto de doscientos setenta y tres (273) integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República (en adelante “las presuntas víctimas” o “los 273 integrantes de la CGR”)³. La Comisión señaló que “si bien el Estado ha dado

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² En el Informe de fondo la Comisión concluyó que “el Estado peruano es responsable de la violación al derecho a la protección judicial y a la propiedad consagrados en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los cesantes y jubilados de la Contraloría General de la República. Lo anterior constituyó además violación por el Estado peruano a la obligación genérica de respeto y garantía que le impone el artículo 1(1) de dicho instrumento internacional”. Finalmente, la Comisión recomendó al Estado “tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento en forma eficiente a las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú emitidas el 21 de octubre de 1997 y el 26 de enero de 2001”.

³ Las 273 presuntas víctimas en el presente caso son: Acevedo Buendía, Alejandro; Acevedo Castro, Apolonio; Acevedo León de Dávila, Isabel Zoila; Acosta Arandia, Asunción Graciela; Acosta Trujillo, Marcial; Agüero Ayala, Zóismo; Aguilar Arévalo, Augusto Marcos; Aguilar Serrano, Miguel Tulio; Aguirre Calderon, Emilio Fernando; Alarcón Coronado De Pérez, Nilda René; Alayo Fajar-

do, Félix Agustín; Alcalá Contreras, Carmen Alejandra; Alcóser Gutiérrez, Moisés Ernesto; Almenara Valdez De Hemmerde, Luisa; Almeyda Flores, Gerardo; Álvarez Postigo, Víctor Augusto; Alza Ahumada, Carlos Eugenio; Amico Ramos Vda. de Errea, Leticia; Ampuero Pasten, Alejandro Augusto; Anaya Vda. De Faura, María Cristina; Aparicio Sifuentes, José Melchor; Aquije Alvarez, Luis Alberto; Arana Pozo, Iraida Eumelia; Arancivia De Valdez, Jaqueline Tania Silvana; Aranda De Los Ríos, María Rosa; Arce Meza, Fernando Aníbal; Arce Vda. De Hipólito, Carmen Julia; Arevalo Dávila Vda. de Pujazón, Martha Leticia; Arroyo Montes, Carmen Liliana; Arroyo Villa Vda. de Arriola, Hilda Teresa; Asencios Ramírez De Cuneo, María Emma; Bacigalupo Hurtado De Salgado, María Cristina; Balabarca Morales, Rosa Elvira; Banda De Palacios, Josefa Eusebia; Barandiarán Ibáñez, Germán Julio César; Barreda Espinoza, Gerardo Adán; Beaumont Callirgos, Fortunata Raquel; Becerra Quiroz, Delia; Becerra Quiroz, Julia Auristela; Begazo Mansisidor, Roberto Isidoro; Beltrán Paz De Vega, Ana María Vicente; Berríos Berríos, Martha María Antonieta; Berrocal Soto, Vladimiro Jesús; Blas Moreno, Carmen; Blotte Adams, Manuel Edmundo; Bojorquez Gonzáles, Dalton Jesús; Borrero Briceño, Julio Cesar; Bravo Torres, Enrique; Cabrera Jurado, Leoncio Ruperto; Cadenillas Gálvez, Luis Francisco; Cahua Bernal, Juan Antonio; Calderón Escala, Francisco Armando; Campos Sotelo, Héctor Ciro; Candela Vasallo, Héctor Oswaldo; Cárdenas Abarca, Saúl Edmundo; Carmelino Del Carpio Deli, Liliana; Carpio Valdivia, Carmen Jacinto; Carranza Espinoza, Pedro Víctor; Carranza Guerra, Jaime Leoncio; Carrasco Valencia, René Javier; Carrillo Salinas, Enrique; Carrión Martínez, Pedro Antonio; Castagneto Vélez, Juan Antonio; Castañeda Acevedo, Manuel Segundo; Castilla Meza, Jorge Clímaco; Castro Contreras, Jaime Raúl; Castro Zapata, Norberto; Cavassa Urquiaga, Juana María; Celis Cairo, César Manuel; Centurión Marchena De Ramírez, Carmen Isabel; Céspedes Romero, Manuel; Chamorro Díaz De Bezir, María Del Carmen; Chapoñán Prada, Ricardo; Chávez Del Carpio, Genaro Remigio; Chicoma Mendoza, Juan Vicente; Chocha Nosiglia, Fernando; Chumpitaz Huapaya, José Hugo Félix; Chura Quisocala, Germán Amadeo; Collantes Sora, César Daniel; Cortes De Durand, Sofía; Cuadros Valdivia, Gregorio Hipólito; Cubas Castillo, Martha; Cuiro Jaimes, Mariano; Dávila Ramos, Pablo; Dawson Vásquez, Harry; De La Cruz Arteta, José Enrique; Defilippi Vda. de Queirolo, Adela; Delgado Gorvenia, Frida Eriberta; Delgado Vega, Roberto Alfredo; Dextre Dextre, Víctor Manuel; Dueñas Aristizábal, Antonio Pelagio; Egúsquiza Flores, José Wilfredo; Escobar Salas, José Santiago; Escudero De Beraun, Nelly; Espejo Vivanco, María Luz; Espinoza Zazzali, Moisés Ernesto; Falcón Carbajal, Guillermo; Falconi Delboy, Mercedes Gabriela; Faustino Tataje, Fermín; Ferreccio Alejos, Elsa Mirtha; Ferrel Ayma, Claudio; Figueroa Guerrero, Elmer Enrique; Figueroa Pozo, Doris María Flora; Flores Konja, Julio Vicente; Flores Ojeda De Pérez, Blanca Nélica; Gala Conislla, Roque; Galvez Martínez De Talledo, Mirella Teresa; García Flores, César Augusto; García Mendoza, Rafael Francisco; García Salvatecci, Carmen Rosa; García y García De Gómez, Nélica; Gómez Córdova, Juan Aníbal; Gonzáles Miranda, Luis; Gotuzzo Romero, Mario Bartolomé; Gu-

tiérrez García, Darío Alejandro; Guzmán Rodríguez, Jorge Segundo; Hernández Cotrina, Amado; Hernández Fernandini, Constanza; Hernando Galvez, José Antonio; Herrera Meza, José Santos; Huamán Effio De Revilla, Mirtha Luz; Huamán Huillca, Valerio Francisco; Ibarra Márquez, Juan Amador; Icochea Arroyo, José Félix; Ishiyama Cervantes Miguel; Iturregui Santoyo, Pedro Gonzalo; Iturrizaga Arredondo, Rafael; Jiménez Lumbreras, Mauro Esteban; Lam Sánchez De Torres, Consuelo; Lamas Vargas, Julia Elvira; Lazarte Terry, Máximo Ernesto; Lazo Loayza, Dante Eusebio; Lazo Zegarra, Nora Ruth; Leau Caballero De Herrera, Betty Eudocia; Libaque Villanueva, Manuel Isaac; Linares Ruiz, María Ilmer; López Rubiños De Rivero, Nelly Esperanza; López Solórzano Vda. de Sunico, Rosa Judith; López Rubiños, Jorge Percy; Lora Cortinez, Juan; Lucero Álvarez, Manuel Gerónimo; Lucero Palomares, Abraham; Luna Heredia De Rodríguez, María Maruja Elvira; Macchiavello Leon Vda. de León, Teresa Yolanda; Manyari Palacios, Guido Alberto; Marin Gil, Juan; Martínez Marin, Alicia; Martínez Estremadoyro, Juan Bautista; Martínez Hubner, Fernando Marcos; Martínez Torres, Raúl Domingo; Matos Huanes, Carlos Alberto; Medina Morán, Juan José; Mejía Montes, Félix Espimaco; Meléndez Meléndez, Rita; Meléndez Hidalgo De Bojorquez, Nora Angelina; Meléndez Romani, Jesús; Melgar Medina, Jesús M.; Menéndez Butrón, Judith Damiana; Mercado, Luis Fernando; Merino Sánchez, Eduardo; Mesías Sandoval, Vidal Hernán; Meza Gamarra, Arturo Higinio; Meza Ingar, Patricia Edelmira; Miranda Roldán, Rosa Luz; Miyasato Higa Vda. de Kamisato, Victoria Alejandrina; Mondragón Roncal, Fernando Eleuterio; Monsante Ramírez, César; Montero Garavito, Guillermina; Montero Vargas, Edgardo Demetrio; Montoya Villalobos, Carlos Alejandro; Morales Chavarría, Samuel Enrique; Morales Martínez, Ángel; Moreno Dorado, Blanca Frida; Mostajo Colzani, Manuel Fernando; Mueras Orcon, Lucio; Muñoz Pardo, Edgardo; Navarro Quispe De Morales, Julia Ricardina; Negri Cabrera, Otto Alberto; Neyra Castro, Luis Mauro; Neyra Ríos, Marina; Niño García, Víctor Raúl; Ochoa Ochoa, Pedro; Odría Bastas, Víctor Manuel; Odría Torres Víctor; Ojeda Sánchez, Luis Octavio; Olaechea Granda, Luis Adolfo; Ormeño Wilson, Julio Eduardo; Oropeza Guía, Leonardo; Padilla Gonzáles De Gordillo, Irene; Paredes Tapia, Eugenia Martha; Peña Ugarte, Juan Manuel; Peñaranda Portugal, Percy; Pérez Gallegos, Gabriel; Pérez Rosales, José Manuel; Pérez Ugarte, Urbana Eugenia; Portugal Vizcarra, José Antonio; Pozo Calva, Gabino Ulises; Pozo Vega, Luis Daniel; Quinde Villacrez, Edgardo; Quiroz Arata, Juan; Ramírez Gandini, César Manuel; Reátegui Noriega, Nancy; Ríos Nash De Reátegui, María Teresa; Rivera Dávalos, Julio César; Robles Freyre Vda. de Kajatt, María Victoria; Rodríguez Balbuena, Edilberto; Rodríguez Vildosola Vda. de Cussianovich, María Zulema; Rodríguez Yépez, Laura Angélica; Rodríguez Zarzosa, Pablo Víctor; Romero Maceda, Ricardo Héctor; Romero Pacora, Jesús; Romero Vivanco, Judith María Del Rosario; Rosario Chirinos, Marcos; Ruiz Botto, José Guillermo; Saenz Arana, Luz Aurea; Salas Luna, Ulderico; Salazar Souza Ferreyra, César Enrique; Salinas De Córdova, Elsa Luisa; San Román Vda. De Riquelme, Luz; Sánchez Canelo, José Edmundo; Sánchez Huarcaya, Luisa Flora; Sánchez Quiñónez, Juan Zenobio;

cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las presuntas víctimas a partir de noviembre de 2002, no ha cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002”.

3. Por lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de las 273 presuntas víctimas. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Comisión solicitó a la Corte, de conformidad con el artículo 63.1 (Obligación de Reparar) de la Convención, que ordene al Estado la adopción de “las medidas necesarias para dar cumplimiento en forma eficiente a las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú emitidas el 21 de octubre de 1997 y el 26 de enero de 2001”, así como el pago de “las costas y gastos legales en que hayan incurrido las presuntas

Sanez Gárate, Betty Soledad; Santamaría Vidaurre, César Augusto; Santayana Valdivia, Atilio; Seperack G. De Caro, Rosa; Serrano Mendieta, Valerio Humberto; Sevilla Aspillaga, Guillermo Eduardo; Sifuentes Del Águila, Leoncio Oswaldo; Sigarrostegui Bindels De Gonzáles, Norma; Solis Romero, Jaime Juan; Sosa Castillo, Julio Edmundo; Soto Bautista, Emilio Felipe; Taboada Morales, César Hugo; Tapia Campos, Antero Santiago; Taquia Vila, Víctor; Tavera Ocaña De Ruiz, Herminia Beatriz; Terán Suárez, Félix Enrique; Tolentino Zagal, Rossana; Tompson Ortega, Andrés Avelino; Torres Rodríguez, Mario Simón; Trujillo Rodríguez, Raquel; Ubillus Martino, Mario Pastor; Ugarte Alarcón, Alberto Walter; Urrelo Moreno De Cardich, Rosa; Valencia Amador, Elizabeth Milagro; Valencia Pacheco De Cárdenas, Blanca Concepción; Valverde Bernal, Adolfo; Vargas Calvo, Alberto; Vargas Giles, Juan Augusto; Vargas Prieto Vda. de Barcelli, María Esther; Vargas Salas, Cosme Marino; Vargas Salazar, Enrique Eduardo; Vargas Salinas, Eileen G.; Vásquez Del Castillo, Elena; Vega Alarcón, César Augusto; Vela Lazo De Peralta, Consuelo Emperatriz; Velarde Falcón, Amelia Juana; Velásquez Del Carpio, César; Vicuña Arias De Valdez, Edelmira; Villalobos Rodríguez, Marcos; Villanueva Ipanaque, Carmen Isabel; Vitkovic Trujiilo, José Baltasar; Vizcaya Jáuregui, Nicolás Ramiro; Yap Cruz, José Leoncio; Yarasca Montano, Pedro Lucio; Yong Flores, Raúl; Zapata Barrientos, Pedro Sigifredo; Zapata Benites, Alberto; Zavala Rivera, Víctor Manuel; Zavala Torres, Dora Jasmine; Zevallos Alzamora, Olga Cecilia, y Zuloeta Camacho, Ángel.

víctimas en la tramitación del caso a nivel nacional y ante el Sistema Interamericano”.

4. El 7 de julio de 2008 el señor Javier Mujica Petit, abogado encargado del Programa de Derechos Humanos de CEDAL (en adelante “el representante”), y la señora Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”) en los términos del artículo 23 del Reglamento. En dicho escrito se solicitó a la Corte que declare que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, se alegó que el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma. Asimismo, se solicitó que la Corte ordene al Estado la adopción de ciertas medidas de reparación y el reintegro de las costas y gastos. En el mismo escrito se indicó que CEDAL “representa a 248 cesantes o jubilados de los 273 integrantes de la Asociación mencionados en la demanda” y que las “25 presuntas víctimas o sus familiares que no están representadas por CEDAL, serán representadas por la Comisión, según el artículo 33.3 del Reglamento de la Corte”. Sin embargo, los poderes y actas aportados como anexos a la demanda y al escrito de solicitudes y argumentos permiten concluir a este Tribunal que el señor Mujica Petit representa a 251 presuntas víctimas y que, por tanto, son 22 las representadas por la Comisión⁴.

5. El 5 de septiembre de 2008 el Estado, representado por la señora Agente Delia Muñoz Muñoz, presentó su escrito de contes-

⁴ Las 22 presuntas víctimas que no otorgaron poder de representación al señor Javier Mujica Petit son: Agüero Ayala, Zósimo; Aguilar Arévalo, Augusto Marcos; Banda De Palacios, Josefa Eusebia; Berríos Berríos, Martha María Antonieta; Blas Moreno, Carmen; Cárdenas Abarca, Saúl Edmundo; Chapoñan Prada, Ricardo; De-filippi Vda. de Queirolo, Adela; Falconi Delboy, Mercedes Gabriela; García Mendoza, Rafael Francisco; Iturrizaga Arredondo, Rafael; Jiménez Lumbreras, Mauro Esteban; Lora Cortínez, Juan; Marín Gil, Juan; Montero Garabito, Guillermina; Morales Martínez, Ángel; Moreno Dorado, Blanca Frida; Odría Torres, Víctor Manuel; Ormeño Wilson, Julio Eduardo; Pérez Ugarte, Urbana Eugenia; Sigarrostegui Bindels de González, Norma, y Vargas Prieto Vda. de Barceli, María Esther.

tación de la demanda y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “contestación de la demanda”), en el cual objetó la competencia de la Corte *ratione materiae*, señalando que ésta “carece de competencia para conocer en sede jurisdiccional de derechos de naturaleza económica, social o cultural”. En su escrito de alegatos finales el Estado aclaró que la excepción preliminar se basa en “la falta de competencia en razón de la materia de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación al derecho de protección judicial y al derecho de propiedad contemplados en la Convención”. Asimismo, el Estado señaló que no es responsable por las violaciones alegadas “por cuanto desde el año 2002 [...] viene pagando las pensiones a las presuntas víctimas, la totalidad de las mismas, conforme al mandato de las sentencias invocadas”, rechazando “la obligación del pago de devengados de pensiones, por no estar contenida [...] en el fallo de las sentencias del Tribunal Constitucional”. Finalmente, el Estado solicitó declarar improcedente e infundada la solicitud de reparaciones y de reintegro de costas y gastos. De conformidad con el artículo 37.4 del Reglamento, el 10 y 21 de octubre de 2008 el representante y la Comisión, respectivamente, presentaron sus alegatos sobre la excepción preliminar interpuesta por el Estado, solicitando que la Corte la desestimara. [...]

VII ARTÍCULO 26 (DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES)⁵ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

92. El representante alegó que “la falta de pago de las pensiones devengadas desde abril de 1993 hasta octubre de 2002 [...] configura también una violación del derecho a la seguridad social protegi-

⁵ El artículo 26 de la Convención (Desarrollo Progresivo) establece que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

do por el artículo 26 de la Convención, que contiene una cláusula de remisión a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. Así, para el representante, “las obligaciones generales de respeto y garantía, así como la de adecuación del derecho interno, que se aplican respecto de todos los derechos civiles y políticos [...], también se aplican respecto de los derechos económicos, sociales y culturales”.

93. En esa misma línea, el representante indicó que “el derecho a la pensión nivelable que adquirieron las víctimas, como las condiciones que lo configuran, [...] forman parte de su derecho a la seguridad social”, el cual fue específicamente amparado por la sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de octubre de 1997. Por tanto, “el incumplimiento de las sentencias judiciales en este caso no sólo conlleva una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que implica, además, una violación directa del derecho a la seguridad social [...], plenamente justiciable en esta sede jurisdiccional”.

94. De esta manera, el representante enfatizó que “al adoptar y aplicar los Decretos N.ºs. 25597 y 036-93-EF el Estado violó el deber de progresividad que le competía en el marco de la implementación del derecho humano a la seguridad social”, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución peruana, según el cual “el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. El representante además señaló que, “a partir de abril de 1993 y hasta octubre de 2002, el Estado regresionó el nivel de protección que dicho derecho había alcanzado respecto de cada una de las víctimas, a quienes se confiscó el monto de sus pensiones en 9/10 de su valor mensual, violando con ello su derecho a la seguridad social”. “Dicho retroceso fue injustificado, en la medida en que el Estado no alegó ni probó, en momento alguno, que implementó la confiscación producida con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”.

95. La Comisión no alegó el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana.

96. Por su parte, el Estado presentó su posición al respecto a través de su excepción preliminar (*supra* párr. 12), precisando que si “los derechos supuestamente vulnerados por el Estado peruano son pensionarios, [...] se estaría en una situación de rebase del ámbito de competencia de la [...] Corte Interamericana”.

97. La Corte considera pertinente reiterar lo señalado en el capítulo III de la presente Sentencia, en el sentido de que el Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana (*supra* párr. 16). Además, si bien la Comisión no alegó el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, la Corte ha establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta⁶.

98. El Tribunal observa que los argumentos del representante se enfocan, primordialmente, en los siguientes dos puntos: a) la falta de pago de la totalidad de los montos devengados desde abril de 1993 hasta octubre de 2002 y el incumplimiento de las sentencias judiciales que ordenaron dicho reintegro y b) la adopción y aplicación de los Decretos N.ºs. 25597 y 036-93-EF.

99. Antes de proceder a analizar estos dos asuntos, la Corte estima pertinente realizar algunas consideraciones generales al respecto. En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”⁷; así como “los respectivos mecanismos para su promoción y protección”⁸, ya

⁶ Cfr. *Caso “Cinco Pensionistas”*, *supra* nota 61, párr. 155; *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 13, párr. 127, y *Caso Perozo y otros*, *supra* nota 13, párr. 32.

⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969). Actas y Documentos. Observaciones del gobierno de Chile al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, pp. 42-43.

⁸ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 81, Intervención del Delegado del gobierno de Chile en el debate sobre

que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo “recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”⁹. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”¹⁰. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales”¹¹.

100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten

el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión “I”, p. 268.

⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 81, Observaciones del gobierno del Uruguay al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, p. 37.

¹⁰ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 81, Observaciones y Enmiendas del gobierno de Brasil al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, p. 125.

¹¹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 81, Intervención del Delegado del gobierno de Guatemala en el debate sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión “I”, pp. 268-269.

competentes para ello. Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso *Airey* señaló que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio Europeo debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio¹².

102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad”¹³. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos

¹² ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, para. 26.

¹³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones (1990), párr. 9.

y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido¹⁴. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado dispone”¹⁵. En la misma línea, la

¹⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “cuando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas, y f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

¹⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *supra* nota 87. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “en caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adopta-

Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”¹⁶. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

A) El artículo 26 de la Convención en relación con la falta de pago de la totalidad de los montos devengados y el incumplimiento de las sentencias judiciales que ordenan dicho pago en este caso

104. Este Tribunal ya consideró en la presente Sentencia (*supra* párrs. 69 a 79) que el Estado violó el derecho a la protección judicial de los integrantes de la Asociación con motivo de la falta de efectividad de los recursos planteados y el incumplimiento de las sentencias que ordenaron el pago de los montos pensionarios dejados de percibir entre abril de 1993 y octubre de 2002. Asimismo, la Corte consideró que la falta de pago de dichos montos continúa afectando el derecho a la propiedad de las víctimas en tanto éstas aún no pueden gozar integralmente de los efectos patrimoniales que les correspondía, de conformidad

do, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

¹⁶ Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

con el régimen de pensión nivelable al que se acogieron (*supra* párrs. 84 a 91).

El incumplimiento de las referidas sentencias judiciales y el consecuente efecto patrimonial que éste ha tenido sobre las víctimas son situaciones que afectan los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento. De esta manera, el Tribunal se remite a lo decidido anteriormente respecto de las consecuencias jurídicas que ha tenido dicho incumplimiento y falta de pago en relación con la violación del derecho a la protección judicial (*supra* párrs. 69 a 79) y a la propiedad privada (*supra* párrs. 84 a 91).

B) La adopción y aplicación de los Decretos 25597 y 036-93-EF

Por otro lado, el representante alegó el incumplimiento del artículo 26 de la Convención por la creación del Decreto Ley N° 25597 y el Decreto Supremo N° 036-93-EF como medidas legislativas de naturaleza regresiva, es decir, opuestas a la realización progresiva del derecho a la seguridad social. Al respecto, la Corte reitera que en el presente caso no existe controversia entre las partes sobre si las víctimas tenían o no derecho a una pensión nivelada o si tal

derecho se vio afectado por la aplicación injustificada de los referidos decretos (*supra* párr. 52). Efectivamente, conforme quedó establecido, las partes en el presente caso están de acuerdo en que los 273 pensionistas de la CGR, al terminar de trabajar en dicha institución, obtuvieron el derecho a la pensión nivelable de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto Ley N° 20530 (*supra* párr. 43), derecho que fue reconocido posteriormente por las instancias judiciales ante la inaplicabilidad al caso de los inconstitucionales Decreto Ley N° 25597 y Decreto Supremo N° 036-93-EF (*supra* párrs. 45, 48 y 52). En ese sentido, al no ser materia de la presente controversia, este Tribunal no se pronunciará sobre el supuesto incumplimiento de lo exigido por el artículo 26 de la Convención como consecuencia de la emisión de dichas normas. [...]

La tutela judicial efectiva de los derechos sociales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos,
sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema
interamericano de derechos humanos
OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007

[...] V. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

235. Un cuarto obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos, y en consecuencia, a aquellos derechos. Estas normas establecen, en definitiva, el derecho del titular de un derecho, a tener una acción para su tutela.

236. El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto

obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva.

237. Un aspecto de importancia es el tema de los recursos judiciales de naturaleza colectiva o acciones de clase en materia de derechos sociales. Estos derechos tienen una clara dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales¹⁸³. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.

238. Es de destacar que, los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial grupos o comunidades afectadas por situaciones estructurales que vulneran sus derechos. Así, las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, *mandatos de segurança* y de *injuncao* brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre

¹⁸³ En este punto, es dable cotejar las reglas de procedimiento que rigen la notificación, o el litisconsorcio y la acumulación de acciones, o las dificultades prácticas que pueden imaginarse a la luz de la experiencia forense, a la hora de enfrentar audiencias con multiplicidad de partes.

los mismos órganos del Estado. En estas acciones, organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos --como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo-- han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones ha impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SIDA; de sistemas de cupos para la población afrodescendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; y del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Ver Provoste, P. y Silva, P., "Acciones de interés público por la no discriminación de género", en F. Gonzalez y F. Viveros (eds.), *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, cuadernos de análisis jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1998, páginas 9/61; Jorge Correa Sutill, "Reformas Judiciales en América Latina. ¿Buenas Noticias para los Pobres?", en J. Mendez, G. O'Donnell y P.S. Pinheiro (comp), *La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, Mexico, Barcelona, 2002, páginas 257/278. B. Londoño Toro (editora), *Eficacia de las Acciones Constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.

239. En este sentido, la vigencia de mecanismos adecuados de reclamo de derechos sociales, resulta un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social y política en el ámbito de la justicia, así como para la fiscalización de las políticas estatales y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos. En este marco, el SIDH ha reconocido la trascendencia de desarrollar recursos judiciales efectivos e idóneos para la tutela de derechos económicos sociales y culturales y ha comenzado a trazar estándares en materia de la formulación y puesta en práctica de mecanismos adecuados de exigibilidad de estos derechos.

A. El derecho a la tutela judicial efectiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

240. La Convención Americana instituye el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Básicamente, el artículo 25 del instrumento consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

241. La Convención Americana a) establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

242. Las obligaciones estatales en este punto emanan de la vinculación entre los alcances de los artículos 2, 25 y 1.1 de la Con-

vención Americana¹⁸⁵. Esto, en tanto y en cuanto, el artículo 2 de la CADH requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen. Esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones individuales o colectivas a derechos económicos, sociales y culturales.

243. En este sentido, se ha destacado que los Estados Partes se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la Convención Americana, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si *de facto* no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1.1. y 2 de la CADH¹⁸⁶.

244. Se evidencia así que la Convención Americana postula la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos humanos. Es dable detenerse, brevemente, entonces, sobre los alcances de tales caracteres de la garantía.

B. La obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos

245. De acuerdo con la jurisprudencia del SIDH¹⁸⁷, es posible establecer que el concepto de “efectividad” del recurso presenta

¹⁸⁵ Aquí es importante resaltar que las obligaciones que emanan de tales disposiciones convencionales se complementan, a su vez, con otros estándares. En este sentido, cabe mencionar aquí, por ejemplo, la “obligación de debida diligencia” que emana de artículo 7.b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”. Al respecto, ver *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, cit., Apartado I. B.

¹⁸⁶ Voto disidente del Juez A. Cançado Trindade en Corte IDH, Solicitud de revisión de la sentencia de 29 de enero de 1997, *Caso Genie Lacayo*, 13 de septiembre de 1997, párrafo 21.

¹⁸⁷ En el sistema europeo, la jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo también ha tenido un importante desarrollo. Así, en *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo del 2000, el TEDH ha sostenido que “el artículo 13 de la Convención garantiza la disponibilidad en el nivel nacional de un recurso para exigir la sustancia de los derechos y libertades de la Convención cualquiera sea la forma en que estos pudieran ser asegurados en el nivel doméstico. El efecto del artículo 13 es entonces el de requerir la provisión de un recurso doméstico para atender las demandas sustanciales que pudieran iniciarse bajo la Convención

dos aspectos. Uno de ellos, de carácter *normativo*, el otro de carácter *empírico*¹⁸⁸.

246. El primero de los aspectos mencionados se vincula con la llamada “idoneidad” del recurso. La “idoneidad” de un recurso representa su potencial “para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”¹⁸⁹, y su capacidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”. La Corte IDH ha analizado este tema ya desde sus primeros pronunciamientos. Así, en el Caso Velásquez Rodríguez¹⁹⁰, la Corte entendió que, de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados. El tribunal destacó lo siguiente:

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger

y garantizarles un remedio apropiado, sin embargo, los Estados partes tienen alguna discreción acerca de la manera en que cumplirán con esta cláusula. El alcance de la obligación impuesta por el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de las peticiones de las víctimas. Ahora bien, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser “efectivo” en la práctica tanto como en la norma, en particular en el sentido que su ejercicio no debe ser impedido injustificablemente por actos u omisiones de las autoridades estatales”. Ver al respecto además, *Aksoy v. Turkey*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Aydin v. Turkey*, sentencia de 25 de septiembre de 1997, *Kaya v. Turkey*, sentencia de 19 de febrero de 1998.

¹⁸⁸ Ver a este respecto, Courtis C., *El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.) “La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)”, Buenos Aires, CELS y Del Puerto, en Prensa.

¹⁸⁹ Ver Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 102; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo 164; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 113; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros.

¹⁹⁰ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias (...) Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable (...) Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido¹⁹¹.

247. El análisis se sitúa en el plano del diseño normativo del recurso: éste debe brindar la posibilidad de plantear como objeto la vulneración de un derecho humano, y de lograr remedios adecuados frente a esas violaciones. En este punto, concretamente, la Corte IDH ha reiterado lo siguiente:

Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25 no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención[...]¹⁹².

248. Por su parte, la CIDH también ha delineado estándares tendientes a la caracterización de un recurso como efectivo, con especial hincapié en su aspecto normativo. En este sentido, en su informe de fondo en el Caso Loren Riebe y otros¹⁹³ --que ha sido

¹⁹¹ *Ibid*, párrafos 64 y 66. En este punto, ver, a su vez, Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 111; *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrafo 52; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 121; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 117, entre otros.

¹⁹² *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 164; *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párrafo 125; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 191; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 90, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 114, entre otros.

¹⁹³ *Cfr.* Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, *cit.*

abordado en particular en el tercer acápite de este trabajo- - la Comisión estableció que al efecto de determinar la sencillez, rapidez y efectividad del amparo presentado por los tres sacerdotes contra la decisión del Estado mexicano de expulsarlos de su territorio, debía tenerse en cuenta: a) la posibilidad del recurso para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales; b) la posibilidad de remediarlas; c) la posibilidad de reparar el daño causado y de permitir el castigo de los responsables¹⁹⁴. Teniendo en cuenta estos parámetros, la CIDH concluyó en el caso:

Resulta claro que el recurso judicial no cumplió con los requisitos arriba mencionados, sino todo lo contrario: la decisión final estableció, sin mayor fundamentación en derecho, que las actuaciones de los funcionarios gubernamentales se ajustaron a la ley. De tal forma, quedaron convalidadas las violaciones a los derechos humanos de los demandantes y se permitió la impunidad de los violadores. En otras palabras, *se negó a los sacerdotes el amparo de la justicia mexicana ante hechos violatorios de sus derechos fundamentales, en transgresión de la garantía de la tutela judicial efectiva. (...) La Comisión, con base en todo lo anterior, concluye que el Estado mexicano violó el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz[...]*¹⁹⁵. (el destacado es propio)

249. Debe destacarse que en dicho caso la CIDH llegó a la conclusión de que ha habido una vulneración al artículo 25 de la CADH, tomando en cuenta, entre otras cuestiones, el alcance de la revisión judicial de la decisión administrativa de expulsión. Ahora bien, como se mencionara en el tercer apartado de este trabajo, en otras oportunidades tal cuestión ha sido analizada por la CIDH haciendo referencia también, a la virtualidad del artículo 8 de la CADH. Se detecta así una cierta oscilación entre las violaciones que quedan enmarcadas en el artículo 8 y aquellas que hacen al

¹⁹⁴ Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafo 81.

¹⁹⁵ Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.* párrafos 81, 82.

quebrantamiento del artículo 25 y, fundamentalmente, la estrecha relación que la CIDH y la Corte IDH han establecido entre los derechos y garantías consagrados en ambos artículos de la Convención Americana.

250. Por otro lado, y aún en el plano *normativo* del recurso, no puede dejar de hacerse notar que la Corte IDH ha destacado la entidad de dos institutos procesales en particular, al referirse al llamado “recurso efectivo” consagrado en el artículo 25 de la CADH. Así, ha manifestado en reiteradas oportunidades que la institución procesal del amparo y del *habeas corpus* “reúnen las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”¹⁹⁶. Frente a esta situación, es dable precisar que el propio artículo 25 de la CADH da cuenta de que puede haber “recursos efectivos” cuya tramitación no resulte sencilla y rápida. Es posible entender que se trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo.

251. Como se mencionara, el segundo aspecto del recurso “efectivo” es de tipo empírico. Hace a las condiciones políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto legalmente sea capaz de “cumplir con su objeto” u “obtener el resultado para el que fue concebido”. En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es “ilusorio”, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales. Así, la Corte IDH ha resaltado, una y otra vez, que:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias par-

¹⁹⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo 165; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 91; *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrafos 32, 33 y 34; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 23, entre otros.

ticulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial¹⁹⁷.

252. Sin necesidad de recurrir a casos extremos --por ejemplo, el de algún determinado país de la región en que no rigiera un verdadero Estado de Derecho-- hay determinados precedentes que permiten ilustrar con claridad el aspecto empírico del recurso efectivo.

253. A modo de ejemplo, el Caso Maria Da Penha Maia Fernandes¹⁹⁸ da cuenta de circunstancias estructurales que pueden determinar la ineficacia de los recursos previstos para hacer frente a violaciones a los derechos humanos. Aquí estaba en juego el actuar del sistema judicial frente a la prohibición de discriminación, en casos que involucran a grupos particularmente vulnerables.

254. La señora Da Penha denunció ante la CIDH la tolerancia por parte del Estado brasileño de la violencia perpetrada por su marido, durante años de convivencia matrimonial, y que culminara en una tentativa de homicidio. Producto de las agresiones que sufriera durante su matrimonio, la peticionaria padecía de paraplejía irreversible. En el caso se denuncia, básicamente, la tolerancia estatal por no haber tomado por más de quince años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas.

255. En su informe de fondo, la Comisión concluyó que el Estado violó en perjuicio de la señora Maria da Penha Maia Fernan-

¹⁹⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 137; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros.

¹⁹⁸ CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, *Maria Da Penha Maia Fernandes*, Brasil, 16 de abril de 2001.

des los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1.1 de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. La CIDH concluyó que la violación de derechos en el caso tuvo lugar como parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial¹⁹⁹. En este orden de ideas, la CIDH estableció:

Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino *una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer (...)* Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. *Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos (...)* en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica[...]²⁰⁰ (el destacado es propio

256. De esta manera, la CIDH identifica en el caso un patrón discriminatorio vinculado a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, que da lugar a la absoluta inefectividad de las herramientas judiciales con las que las víctimas cuentan para enfrentar la vulneración a sus derechos.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párrafos 2 y 3.

²⁰⁰ *Ibid.*, párrafos 55 a 58.

257. Ahora bien, hay otro tipo de casos que también permite ejemplificar el aspecto empírico del llamado “recurso efectivo”. Así, como se destacara, la ineffectividad puede también provenir del retardo injustificado en la toma de una decisión.

258. El análisis de la CIDH en el Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros Vs. El Salvador²⁰¹, permite ilustrar estos supuestos. En este caso, los peticionarios alegaron la violación del derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la personalidad en la medida en que no les suministraban los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para tratar el VIH/SIDA. En cuanto resulta aquí relevante, alegaron, a su vez, la vulneración del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva ante la violación del plazo razonable para la adopción de una decisión sobre el fondo, en el trámite de la acción de amparo que habían interpuesto con miras a garantizar sus derechos fundamentales. Se arguyó así la falta de toda efectividad de la acción de amparo para la tutela de derechos fundamentales. Ante esta situación, en el análisis de admisibilidad del caso, la Comisión estableció:

En efecto, los peticionarios plantearon una demanda de amparo el 28 de abril de 1999 ante la Corte Suprema de Justicia de dicho país, en la cual reclaman el suministro de los medicamentos antirretrovirales a los pacientes seropositivos. De acuerdo a la información suministrada por los peticionarios --no controvertida por el Estado salvadoreño-- el 15 de junio de 1999 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió admitir la demanda, pero hasta la fecha del presente informe no se ha emitido una decisión definitiva sobre el fondo del reclamo (...) *La CIDH considera que los peticionarios tuvieron acceso al amparo, que es el recurso idóneo de la jurisdicción interna en El Salvador a efectos del presente caso, y que lo*

²⁰¹ CIDH, Informe N° 29/01, Caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y Otros*, El Salvador, 7 de marzo de 2001. En este punto, es interesante destacar que la decisión de la CIDH también da cuenta de que un criterio básico para medir la *razonabilidad* del plazo de los procesos judiciales se relaciona con el análisis de la situación particular de hecho, así como con la consideración de los derechos en juego en el caso. Estos criterios deben sumarse a aquellos desarrollados en el apartado V. B. iv de este trabajo.

*interpusieron en tiempo y forma. Sin embargo, hasta la fecha tal recurso no ha operado con la efectividad que se requiere para atender sus reclamos de presuntas violaciones de derechos humanos. Han transcurrido casi dos años desde que se planteó la demanda sin una decisión final del órgano jurisdiccional salvadoreño[...]*²⁰². (el destacado es propio)

259. Los precedentes hasta aquí expuestos, permiten dar cuenta de que la noción de efectividad²⁰³ del recurso que emana del artículo 25 de la Convención Americana, tanto en su aspecto normativo como empírico, se asocia a la idoneidad del remedio para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho humano de que se trate. Por ello, la Corte IDH ha concluido, una y otra vez, que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de

²⁰² *Ibid.*, Ver párrafos 38 a 40. Aquí, es dable aclarar que si bien la CIDH entendió que el caso era admisible, difirió a la etapa sobre el fondo de la cuestión, la determinación de si había existido una vulneración del artículo 25 de la CADH.

Vale destacar aquí que otro caso interesante en materia de VIH/SIDA en el SIDH es “Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA Vs. Guatemala” que cuenta con informe de admisibilidad de la CIDH. En este caso se alega que el Estado desconoció los derechos de 39 presuntas víctimas debido a la falta de suministro de medicamentos antirretrovirales para el tratamiento del VIH/SIDA. En su informe de admisibilidad, la CIDH concluyó que las circunstancias del caso podrían constituir violaciones al derecho a la vida y a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, relegó todo análisis sobre la vulneración de estos derechos a la etapa de fondo. Ver al respecto, CIDH, Informe N° 32/05, Petición 642/03, Admisibilidad, Luis Rolando Cuscul Pivaral Y Otras Personas Afectadas Por el VIH/SIDA, Guatemala, 7 de marzo de 2005.

²⁰³ Por su parte, el Comité de Derechos Humanos –órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - también ha aportado algunos elementos de interés a fin asignar sentido a la noción de “efectividad” del recurso. Así, en la Observación General N 31, el Comité sugiere determinados criterios para merituar la “efectividad” del recurso: la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad; la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y – especialmente – la adecuación del remedio para a) *hacer cesar la violación, si esta continúa*; b) *ofrecer una reparación material y moral a la víctima*; c) *castigar a los responsables, cuando corresponda*; y d) *impedir que la violación se repita*. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, “La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte”, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrafos 15 a 20.

los derechos reconocidos por la Convención Americana constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte²⁰⁴.

C. Los remedios judiciales para la protección efectiva de los derechos

260. Una vez establecido de manera somera el marco general sobre el que se asienta el derecho a la protección judicial efectiva, cabe referirse ahora a estándares del SIDH de particular relevancia para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta línea, se abordarán supuestos en los que la CIDH o la Corte IDH se expresaran en relación con los requisitos de idoneidad y efectividad de los diversos tipos de acciones y remedios judiciales para la protección de derechos fundamentales, por ejemplo las acciones de índole cautelar o preventivo, así como otras acciones y procedimientos de tutela, tanto individuales como colectivos.

1. Tutela cautelar de derechos

261. El SIDH ha reconocido que la noción de “efectividad” que surge del artículo 25 de la CADH, requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo²⁰⁵. Lo anterior, aún cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión, requiera de un período temporal más extenso.

²⁰⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 102; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo 164; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párrafo 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 113, entre otros.

²⁰⁵ En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 31, ha establecido: “...*El Comité opina, además, que el derecho a un recurso efectivo puede, en ciertas circunstancias, requerir que los Estados Parte establezcan e implementen medidas provisionales o cautelares para evitar la continuación de las violaciones y para asegurar la reparación de todo daño causado por dichas violaciones lo más temprano posible...*” (el destacado es propio) Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, “La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte”, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrafo 19.

262. Cobran particular importancia dos recientes informes de la Comisión Interamericana en los que se hiciera expresa referencia a la relevancia de garantizar la protección cautelar de los derechos: el *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*²⁰⁶ y el informe *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*²⁰⁷.

263. En el primero de estos, la CIDH destaca que “el derecho a la tutela judicial genera la obligación estatal de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos”²⁰⁸. A continuación, la Comisión, se aboca a puntualizar determinados caracteres con los que deben contar estos recursos, así como ciertas particularidades que debe presentar su trámite.

264. De esta manera, en virtud de la especial naturaleza de estos recursos y de la necesidad y urgencia con la que deben actuar, la CIDH puntualiza ciertas características básicas que éstos deben presentar a fin de ser considerados “idóneos”: a) que se trate de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) que se cuente con la posibilidad de acceder a instancias judiciales federales o nacionales ante la sospecha de parcialidad en la actuación de los órganos locales; c) que se garantice una legitimación activa amplia; d) que puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas (para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente); y e) que se prevea la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados²⁰⁹.

265. En relación con el trámite de estos recursos, la CIDH establece en su informe:

²⁰⁶ CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, 7 de marzo de 2006.

²⁰⁷ Cfr. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, cit. Ya se ha trabajado sobre otros aspectos de este informe, en el segundo acápite de este documento.

²⁰⁸ *Ibid.*, página 35.

²⁰⁹ *Ibid.*, páginas 35, 36.

Por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados[...]²¹⁰.

266. En paralelo, en el informe *Acceso a la Justicia para de las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, la CIDH identifica el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva como una dimensión particular del derecho a la protección judicial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 de la CADH; al tiempo que, menciona diversos elementos de la clase de recursos que los Estados deben proveer en casos de violencia contra las mujeres²¹¹. Expresamente, la Comisión remarca:

Una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas²¹².

267. Se observa así que, sobre todo en los últimos tiempos, se le ha asignado a la protección cautelar de los derechos --y a los distintos recursos que la garantizan-- un papel relevante en el marco de los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva ante afectaciones colectivas de derechos humanos

268. Tal como se destacara, es indudable que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y, por ello, su vulneración suele

²¹⁰ *Ibid.*, página 36.

²¹¹ *Cfr.*, *Acceso a la justicia para de las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, *cit.*, párrafo 57.

²¹² *Ibid.*, párrafo 57.

presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de una población desplazada²¹³.

269. De esta manera, un componente esencial de la exigibilidad de los derechos en la justicia es la posibilidad de contar con este tipo de acciones de representación de intereses públicos o colectivos, cualquiera sea su diseño procesal. Este derecho está comprendido en el artículo 25 de la Convención Americana, y se encuentra vinculado íntimamente con el derecho de asociación y de participación en los asuntos públicos, en tanto se trata del tipo de recursos judiciales idóneos y efectivos para la tutela de este tipo de derechos. Es común que los remedios judiciales del tipo se encuentren limitados o condicionados por normas procesales reglamentarias o por una jurisprudencia restrictiva en cuanto a la legitimación activa, los medios de prueba, el régimen de costas y los costos del proceso, y las vías de ejecución de decisiones. Encuadrar estas acciones en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en su dimensión colectiva, permite brindar algunas líneas más claras sobre el tipo de reglamentación que los Estados pueden o no realizar.

²¹³ El caso “Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia”, constituye un buen ejemplo de una situación estructural que requiere remedios de naturaleza colectiva. El caso tiene por eje la grave situación de violencia, insalubridad e inseguridad que atraviesan las personas privadas de libertad en la llamada Cárcel de “Urso Branco”, en Brasil. En cuanto aquí resulta particularmente relevante, en su informe de admisibilidad, la CIDH, en virtud del principio *iura novit curiae*, decidió admitir la petición “con respecto al eventual incumplimiento de la obligación derivada del artículo 2 de la Convención Americana, toda vez que (...) en el marco del análisis de los recursos internos, se decidió admitirlo *por considerar la posibilidad de que la legislación brasileña pudiera no ofrecer un efectivo proceso legal, para adecuar las cárceles de dicho Estado a niveles dignos...*” (el destacado es propio) CIDH, Informe N° 81/06, Petición 394-02, Admisibilidad, *Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia*, Brasil, 21 de octubre de 2006.

270. En este marco, el SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre mecanismos de tutela judicial que garanticen el litigio colectivo y, en particular, sobre el alcance de la obligación estatal de asegurar este tipo de procedimientos de reclamo en los sistemas judiciales nacionales.

271. Los supuestos antes mencionados demandan necesariamente del diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo son aquellos casos en los que la titularidad de un derecho, corresponde a un sujeto plural o colectivo, o en los que el derecho requiere necesariamente formas de ejercicio colectivo. En estos casos, a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no podrá ser considerado efectivo.

272. En este orden de ideas, un claro ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de las comunidades indígenas. Este derecho carece de todo sentido en caso de ser subdividido en porciones de propiedad asignadas a individuos: la condición para la preservación de la identidad del pueblo es la titularidad y goce común del derecho a la tierra. Tanto la CIDH como la Corte IDH han esbozado estándares en esta materia.

273. En el Caso *Awas Tingni*²¹⁴, la Corte analizó los alcances del artículo 21 de la Convención Americana, que consagra el derecho a la propiedad privada. El litigio involucraba, entre otros hechos relevantes, la denuncia de falta de demarcación y titulación de la tierra comunitaria indígena, y de concesión de explotaciones privadas en ese territorio por parte del Estado de Nicaragua. En cuanto aquí resulta relevante, la Corte destacó en su sentencia que:

Esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros,

²¹⁴ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, (...) Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²¹⁵.

274. Así, la Corte entendió que el artículo 21 debía interpretarse en el sentido de incluir también la protección de la propiedad colectiva de una comunidad indígena. La titularidad colectiva de la tierra supone, necesariamente, la posibilidad de tratar ese bien como bien colectivo y no meramente como agregado de bienes individuales. Si bien en este caso la Corte no se refirió en particular a la necesidad de instaurar mecanismos que garanticen la tutela del litigio colectivo, le ordenó al Estado adoptar, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta y declaró que los hechos del caso configuraban la violación del artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. De esta manera, dio los primeros pasos en un camino que retomaría la Comisión.

²¹⁵ Ver Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafos 148 y 149.

275. En el caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo²¹⁶, los peticionarios alegaron la vulneración de derechos del pueblo Maya, porque el Estado de Belice otorgó concesiones madereras y petroleras en sus tierras, sin consultas sustanciales con la comunidad y de una manera que causó un perjuicio sustancial al medio ambiente y amenaza con daños a largo plazo e irreversibles para el medio ambiente natural del que depende el pueblo maya. A la vez, se denunció que el Estado no reconoció y garantizó los derechos territoriales de la comunidad sobre dichas tierras y no les otorgó protección judicial efectiva de sus derechos e intereses en razón de las demoras en los trámites judiciales instituidos por la comunidad.

276. Estos trámites procuraban la obtención de una orden judicial que declarase la existencia y naturaleza de los intereses mayas en la tierra y los recursos y la condición de esos intereses como derechos protegidos por la Constitución del Estado de Belice, así como declaraciones de las violaciones de esos derechos por el Gobierno en razón del otorgamiento de licencias de explotación maderera dentro de las tierras tradicionales mayas. También se solicitaba que se ordenara al Gobierno la cancelación o suspensión de las licencias de explotación maderera y toda otra licencia para la extracción de recursos dentro de las tierras comprendidas por los derechos aborígenes mayas, y se pedía una orden inhibitoria para restringir al Gobierno en el otorgamiento de nuevas concesiones excepto conforme a un acuerdo negociado y concertado con los dirigentes mayas. En su informe de fondo la CIDH destacó la dimensión colectiva de los derechos en juego:

Entre los hechos que surgen del avance de los derechos humanos de los pueblos indígenas se encuentra el reconocimiento de que los derechos y libertades con frecuencia *son ejercidos por las comunidades indígenas en forma colectiva, en el sentido de que sólo se pueden garantizar efectivamente mediante su garantía a una comunidad indígena en su conjunto. El derecho de propiedad ha sido reconocido como uno de los derechos que contiene ese aspecto colectivo (...)* es evidente para la

²¹⁶ CIDH, Informe N° 40/04, Caso 12.053, Fondo, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, Belice, 12 de octubre 2004.

Comisión que, pese a su reconocimiento del derecho de propiedad del pueblo maya en sus tierras tradicionales, el Estado no ha delimitado, demarcado y titulado o establecido por otra vía los mecanismos legales necesarios para aclarar y proteger el territorio en el que existe su derecho. A este respecto, el expediente indica que *el sistema actual de titulación, arrendamiento y permisos de la tierra según la legislación de Belice, no reconoce ni protege adecuadamente los derechos comunales del pueblo maya en la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente*. De acuerdo con la información presentada por los peticionarios, que no ha sido impugnada por el Estado, el régimen que rige la propiedad privada no reconoce ni tiene en cuenta el sistema colectivo tradicional conforme al cual el pueblo maya utiliza y ocupa sus tierras ancestrales (...) es evidente que, conforme a la legislación interna, la propiedad de las tierras de las reservas pertenece al Estado, como “tierras nacionales” y *no existen disposiciones que reconozcan o protejan el interés comunal de los mayas en las tierras (...) el Estado no ha delimitado, demarcado y titulado, ni ha establecido por otra vía los mecanismos legales necesarios para aclarar o proteger el territorio en el que rige este derecho*. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado de Belice violó el derecho de propiedad consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana en perjuicio del pueblo maya[...] ²¹⁷. (el destacado es propio)

277. En línea con el fallo de la Corte IDH en el Caso Awas Tingni, la CIDH llega aquí a la conclusión de que el Estado de Belice no ha cumplido cabalmente con las obligaciones que le competen al no haber establecido los mecanismos jurídicos necesarios para el efectivo reconocimiento y protección del derecho a la propiedad comunal de la comunidad indígena, desconociendo sin más el aspecto colectivo de los derechos de la comunidad sobre sus tierra

278. El SIDH dio otro paso importante en el reconocimiento de la necesidad de resguardar la dimensión colectiva de los derechos, en el Caso Yakye Axa, abordado ya en el tercer apartado de este documento. En dicho caso, la CIDH alegó ante la Corte IDH que el Estado de Paraguay era responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva, consagrados

²¹⁷ *Ibíd.*, párrafos 113, 133, 135.

en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, por no proveer a la comunidad indígena y sus miembros de un recurso efectivo y eficaz para responder a las reclamaciones de su territorio ancestral.

279. La CIDH entendió que “la legislación paraguaya no contempla un recurso judicial efectivo, destinado a proteger las legítimas reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas del Paraguay. Si las gestiones ante el Poder Ejecutivo (reclamación territorial) o ante el Poder Legislativo (expropiación) no son efectivas, los afectados, en este caso la Comunidad Yakye Axa y sus miembros, no tienen un recurso judicial por medio del cual puedan hacer valer sus derechos, y la ineficacia de estos procedimientos ha significado concretamente que no se garantice por parte del Estado el derecho de propiedad de la Comunidad Yakye Axa a su territorio ancestral”²¹⁸. A su turno, la Corte, en su sentencia, se hizo eco de este reclamo y estableció como medida de satisfacción y garantía de no repetición la obligación para el Estado de adoptar medidas tendientes a crear un mecanismo efectivo para la reclamación territorial por parte de las comunidades indígenas de Paraguay²¹⁹.

280. El Caso de los 12 Clanes Saramaka contra la República de Suriname también merece ser aquí destacado. En línea con los precedentes anteriores, en su reciente demanda ante la Corte IDH en este caso, la CIDH solicitó que se le ordene al Estado que “remueva los obstáculos normativos jurídicos que impiden la protección del derecho de propiedad del pueblo Saramaka y adopte, en su legislación interna, y mediante consultas efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para proteger a través de mecanismos especiales el territorio en el que el pueblo Saramaka

²¹⁸ Alegatos de fondo de la CIDH ante la Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakie Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 52.

²¹⁹ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 222. En igual sentido, Ver Demanda de la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.419, Comunidad Indígena Sawhoymaxaxa del Pueblo Enxet-Lengua y sus Miembros contra la República de Paraguay, párrafos 2, 6, 68, 118, 119, 120, 123, 154, 177, 1798, 179, 180, 193, 194, 195, 196, 197, 207, 219, Petitorio.

ejerce su derecho de propiedad comunal, de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra, sin perjuicio para otras comunidades tribales e indígenas; (...) *adopte las medidas necesarias para aprobar, de acuerdo con sus procesos constitucionales y con las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas y de otra índole que puedan ser necesarias para brindar protección judicial y dar efecto a los derechos colectivos e individuales del pueblo Saramaka en relación con el territorio que ha ocupado y usado tradicionalmente*"²²⁰.

281. En cuanto resulta aquí especialmente relevante, en su demanda la CIDH destacó:

De acuerdo con el artículo 25 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar la protección judicial de los derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas. Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, el Estado debe prever en su régimen judicial recursos judiciales adecuados y efectivos, los cuales deben contener algunas garantías/reparaciones especiales de acuerdo con la dimensión social del derecho violado. Estas reparaciones deben ofrecer un marco procesal adecuado a la dimensión colectiva del conflicto, confiriendo a los grupos afectados la posibilidad de reivindicar, a través de sus representantes o de las personas autorizadas, el derecho garantizado a participar en el proceso y a obtener una indemnización(...) Sobre la base de lo que antecede, la Comisión solicita que la Corte declare que no existen recursos internos efectivos a disposición del pueblo Saramaka para proteger los derechos que le confiere el artículo 21 de la Convención Americana, con lo cual el Estado de Suriname viola el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de dicho instrumento (...) En el caso presente, la cuestión de las reparación adquiere una dimensión especial habida cuenta del carácter colectivo de los derechos infringidos por el Estado en perjuicio del pueblo Saramaka (...) La Comisión sostiene que la violación de los derechos del pueblo Saramaka continuará hasta que exista un marco jurídico adecuado que garantice su

²²⁰ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el Caso de los "12 Clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Suriname", 23 de junio de 2006, párrafo 7.

protección. Por tanto, dada la evolución del derecho de propiedad, como lo reconocieran los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, el Estado debe eliminar los obstáculos jurídicos y reglamentarios que impiden la protección de los derechos de propiedad del pueblo Saramaka o adoptar las disposiciones jurídicas necesarias para garantizar la protección (...) A raíz de lo señalado antes, la Comisión Interamericana solicita que la Corte ordene al Estado (...) que (...) adopte las medidas necesarias para aprobar, de acuerdo con los procedimientos constitucionales de Suriname y las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas y de otra índole que puedan ser necesarias para brindar protección judicial y dar efecto a los derechos colectivos e individuales del pueblo saramaka en relación con el territorio que tradicionalmente ha ocupado y utilizado[...]»²²¹

282. La posición que la CIDH asume en el caso da cuenta de la evolución que atravesara el SIDH en materia del reconocimiento de la dimensión colectiva de determinados derechos y de la necesidad de diseñar e implementar mecanismos jurídicos tendientes a garantizar plenamente dicha dimensión. Así, se vislumbra una ampliación de los alcances tradicionales de la garantía prevista en el artículo 25 de la CADH, a fin de contemplar en su marco, también, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos.

3. El derecho a la tutela judicial efectiva frente a afectaciones individuales de derechos sociales

283. En los últimos años, la jurisprudencia del SIDH también ha evidenciado una tendencia hacia la ratificación de la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de derechos sociales, en su dimensión individual.

284. La OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados²²² resulta un buen ejemplo de dicha tendencia. Tal como se mencionara en el segundo apartado de este informe, en

²²¹ *Ibid.*, párrafos 174, 175, 194, 208, 222.

²²² *Cfr.* OC-18/03, *cit.*

mayo de 2002 México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre, entre otras cuestiones, la privación del goce y ejercicio de derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

285. En su opinión consultiva, la Corte IDH estableció estándares de relevancia para la garantía de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores. Concretamente, el tribunal enfatizó:

Los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o *judicial* sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes (...) En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones *los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular* [...] ²²³. (el destacado es propio)

286. La Corte destaca así que un trabajador migrante indocumentado tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador. De esta manera, la Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se en-

²²³ Cfr. OC-18/03, *cit.*, párrafos 149, 159.

cuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores “al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos²²⁴”.

287. Cabe citar el voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el marco de esta opinión consultiva:

La OC-18/2003 examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados “económicos, sociales y culturales” (...) sea cual fuere el emplazamiento de éstos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados “civiles y políticos”. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas (...). Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. *Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos[...]*²²⁵. (el destacado es propio)

²²⁴ *Ibid.*, párrafo 160.

²²⁵ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 27, 28.

288. Se reconoce así --tanto en el voto de la mayoría como en el del Juez García Ramírez-- que los Estados deben proveer a los trabajadores migrantes, recursos judiciales efectivos tendientes a realizar sus derechos laborales. Tales derechos requieren del diseño de mecanismos jurídicos de reclamo, de efectivo respeto y de garantía al momento de su puesta en práctica.

289. Otro precedente interesante en este punto es el Caso Yean y Bosico. En este caso, entre otras cuestiones, se reclamó la inexistencia de un mecanismo o procedimiento para apelar ante la justicia la decisión del Registro Civil dominicano de negar a las niñas la inscripción tardía de su nacimiento. En este sentido, la CIDH destacó en sus alegatos ante la Corte, que se había configurado en el caso la violación al artículo 25 de la CADH²²⁶. Concretamente, destacó:

El Estado no ha establecido un mecanismo o procedimiento para que se apele una decisión de no registrar a un individuo ante un juez o tribunal competente. La decisión desfavorable del Oficial del Estado Civil, a pesar de varios intentos razonables por parte de las madres de las niñas Dilcia y Violeta, nunca fue revisada por un tribunal competente e independiente (...) existen dos vías para la revisión de decisiones del oficial del Estado Civil: 1) la revisión establecida por la Ley No. 659, y 2) la revisión por la autoridad administrativa responsable de llevar acabo los registros, en este caso la Junta Central Electoral. La Junta Central Electoral no esta regulada por procedimientos formales y no ha publicado reglamentos o promulgado procedimientos mediante los cuales los solicitantes puedan pedir una revisión de las decisiones adversas de los oficiales del Estado Civil.

Por ende, el Estado no ofrece un recurso efectivo por el cual las niñas Dilcia y Violeta pudieran impugnar la negativa del Oficial del Estado Civil (...) la resolución de los recursos de amparo y de inconstitucionalidad puede llevar hasta dos años, de forma que no existe en la República

²²⁶ Debe aclararse aquí que la Corte IDH no se pronunció acerca de esta alegada violación al entender "que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones concretadas en hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana". Ver al respecto, Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafos 199 a 201.

Dominicana un recurso sencillo y simple, lo que constituye una violación del artículo 25 de la Convención[...](el destacado es propio)

290. A su vez, otro caso de relevancia en esta materia es el de *Damião Ximenes Lopes*. En dicho caso, tanto la CIDH como la Corte IDH hicieron hincapié en la necesidad de garantizar recursos efectivos para el contralor y la inspección judicial de la situación en que se encuentran aquellas personas internadas en centros de salud. La CIDH destacó en su demanda ante la Corte:

La trascendencia de este caso radica primeramente en la necesidad de hacer justicia para el señor *Damião Ximenes Lopes* y ofrecerle una reparación adecuada a sus familiares. Sin embargo, su trascendencia también radica en la oportunidad que ofrece al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de desarrollar su jurisprudencia en relación con los derechos y la especial situación de las personas con discapacidad mental, los tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que se ven expuestas, *las obligaciones del Estado en relación con los centros de salud que actúan en su nombre y representación y las garantías judiciales respecto de los pacientes internados en ellas*, así como la necesidad de efectuar investigaciones efectivas en este tipo de casos (...) La Comisión observa que en el presente caso, al ser el señor *Damião Ximenes Lopes* una persona con discapacidad mental, no solamente tenía menos oportunidades de defenderse de las vejaciones o violaciones de las que podía ser objeto, *sino también menos posibilidades de utilizar los recursos existentes o de tramitar y llevar adelante una acusación que condujera a una investigación sobre los hechos*. Se encontraba en una situación de vulnerabilidad especial (...) Garantías de no repetición (...) Como parte esencial de las medidas de no repetición, la Comisión considera que la Corte debe ordenar que el Estado brasileño adopte medidas para dar efectividad a su obligación legal de supervisión de las condiciones de hospitalización o internamiento de las personas con discapacidad mental que se encuentran recluidas en centros hospitalarios, *incluyendo adecuados sistemas de inspección y control judicial[...]*²²⁷. (el destacado es propio)

²²⁷ Demanda de la CIDH ante la Corte I.D.H., en el Caso *Damião Ximenes Lopes*, Caso 12.237, Contra la República Federativa del Brasil, párrafos 4, 177, 211.

291. La CIDH remarca así la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas internadas en centros de salud y entiende necesaria, la gestión de recursos efectivos que posibiliten un control judicial sobre estos establecimientos. En su fallo, la Corte coincide con la Comisión al postular:

La Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes²²⁸. (el destacado es propio)

292. La Corte IDH fija así el deber estatal de controlar el desarrollo de los servicios públicos de salud. Este deber incluye la obligación de garantizar la existencia de mecanismos legales de reclamo frente a amenazas a la integridad física de las personas sometidas a un tratamiento en los establecimientos en que dichos servicios se presten.

293. Por último, es dable comentar aquí un caso en el que la CIDH repara particularmente sobre la dimensión individual del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. Se trata del Caso Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos²²⁹. En este caso, las hermanas Dann presentaron una denuncia ante la CIDH por la que alegaron que la reivindicación de sus tierras ancestrales fue iniciada por un grupo del pueblo Western Shoshone, sin un mandato claro de los demás grupos o miembros de ese pueblo. La CIDH concluyó que no hubo pruebas de que se mantuvieran consultas adecuadas entre los Western Shoshone en momentos en que se pronunciaban

²²⁸ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 99.

²²⁹ CIDH, Informe N° 75/02, *Mary y Carrie Dann*, Estados Unidos, Caso 11.140, Fondo, 27 de diciembre de 2002.

dictámenes sustanciales en el marco del proceso reivindicatorio de las tierras ancestrales de la comunidad. En cuanto aquí resulta relevante, la CIDH manifestó en su informe de fondo:

Específicamente, en relación con la legitimación de las hermanas Dann para participar en el proceso destinado a resolver derechos sobre tierras ancestrales de los Western Shoshone, *la Comisión considera importante subrayar (...) que la declaración sobre los intereses colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales no excluye la participación de personas individuales en el proceso. La Comisión ha declarado, por el contrario, que todo pronunciamiento sobre la medida en que los pueblos indígenas pueden mantener intereses en las tierras a las que tradicionalmente han tenido título y que han ocupado y usado debe basarse en un proceso de consentimiento plenamente informado y mutuo por parte de la comunidad indígena en conjunto. Y tal como la Comisión concluyó sobre las circunstancias de este caso, el proceso por el cual se determinaron los intereses dominiales de los Western Shoshone presentó fallas a ese respecto.* El que sólo probando fraude o colusión podría impugnarse la presunta representación, por parte de la Banda Temoak, de la totalidad del pueblo Western Shoshone, y el que el Consejo General de los Western Shoshone sólo se hubiera reunido en tres ocasiones en el periodo de 18 años comprendido entre 1947 y 1965, no implica el cumplimiento de la obligación del Estado de demostrar que las conclusiones del proceso seguido ante la ICC resultaran del consentimiento plenamente informado y mutuo del pueblo Western Shoshone, incluidas las hermanas Dann[...]”²³⁰. (el destacado es propio)

294. La CIDH destaca en su informe que el Estado debe otorgarles a las hermanas Dann un “recurso ante la justicia para proteger sus derechos de propiedad en condiciones de igualdad y de manera que se considere el carácter colectivo e individual de los derechos de propiedad que las Dann puedan reivindicar por las tierras ancestrales Western Shoshone”²³¹.

295. Los precedentes hasta aquí reseñados, tanto en materia de protección cautelar como de tutela colectiva e individual de dere-

²³⁰ *Ibid.*, párrafo 165.

²³¹ *Ibid.*, párrafo 171.

chos, dan cuenta de que el SIDH ha reconocido la necesidad de desarrollar los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva por fuera de sus formulaciones clásicas o tradicionales. De esta manera, es posible alcanzar un marco más fuerte de protección para la efectiva vigencia no solo ya, de los llamados derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales.

D. El derecho a un recurso judicial efectivo y el desarrollo de mecanismos adecuados de ejecución de sentencias

296. Tal como se destacara al puntualizar los alcances del artículo 25, la CADH postula la responsabilidad del Estado de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales²³². Ahora bien, esta obligación no culmina con la gestación de un recurso efectivo que redunde en el desarrollo de un proceso con las debidas garantías, sino que incluye el deber de diseñar e implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado.

297. Si las sentencias se tornan inoperantes por falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, se constituye un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. Así, un recurso puede resultar inefectivo para tutelar un derecho social cuando no se prevé un mecanismo de ejecución de sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suele verificarse en esta instancia procesal con las sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer. Frente a situaciones del tipo, tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido la relevancia de avanzar en este aspecto del recurso judicial efectivo.

298. En este sentido, en el Caso César Cabrejos Bernuy se denunció que el Estado peruano había violado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana al incumplir sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

²³² Cfr. Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 237.

Dichas sentencias dispusieron en dos oportunidades la reincorporación del señor Cabrejos Bernuy al cargo de Coronel de la Policía Nacional del Perú, y las autoridades reincorporaron dos veces al peticionario a su cargo, pero lo volvieron a pasar a retiro de forma inmediata, reproduciendo en ambas oportunidades el respectivo acto administrativo.

299. Tras analizar el fondo del asunto, la CIDH concluyó que Perú violó, respecto del señor Cabrejos Bernuy, los artículos 25 y 1.1 de la Convención²³³ y fue enfática en cuanto a los alcances del derecho a la protección judicial efectiva. Concretamente, la CIDH expresó:

El corolario de la función jurisdiccional es que las decisiones judiciales sean cumplidas, ya sea de forma voluntaria o de manera coercitiva, con el auxilio de la fuerza pública de ser ello necesario (...) El incumplimiento de sentencias judiciales no sólo afecta la seguridad jurídica sino también vulnera los principios esenciales del Estado de derecho. Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental a la esencia misma del Estado de derecho (...) La efectividad del recurso, en tanto derecho, es precisamente lo que se consagra en el último inciso del artículo 25 de la Convención, donde se establece la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de las decisiones en que se haya estimado procedente un recurso. Tal obligación es la culminación del derecho fundamental a la protección judicial[...]²³⁴.

300. En esta oportunidad, la CIDH también destacó las particularidades de un proceso de ejecución de sentencia, cuando quien debe acatarla no es otro que el mismo Estado. Así, remarcó que la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales adquiere singular relevancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano estatal, sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro

²³³ CIDH, Informe N° 110/00, Caso 11.800, *César Cabrejos Bernuy*, Perú, 4 de diciembre de 2000.

²³⁴ *Ibid.*, párrafos 24, 25 y 30.

órgano similar, pues tales órganos forman también parte del Estado y suelen tener privilegios procesales, como por ejemplo la inembargabilidad de sus bienes. Según la CIDH, dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos. En este sentido, de acuerdo con la Comisión, “cuando un órgano del Estado no quiere cumplir una manda judicial que le ha sido desfavorable puede tratar de desconocer el mandato judicial mediante su inobservancia pura y simple, u optar por métodos más o menos elaborados que conduzcan al mismo objetivo de incumplir la sentencia, pero tratando de darle cierta apariencia de validez formal a su proceder”.²³⁵ Frente a este parámetro de análisis, la CIDH concluyó cuanto sigue:

Los hechos del presente caso configuran una clara violación por parte del Estado peruano, en perjuicio del señor Cabrejos Bernuy, del derecho a protección judicial consagrado en el artículo 25.c de la Convención Americana, conforme al cual Perú se comprometió a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que haya estimado procedente el recurso”. En efecto, aunque el señor Cabrejos Bernuy tuvo acceso a un recurso que resultó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de junio de 1992 que ordenó su reincorporación como Coronel de la Policía Nacional del Perú, el Estado no garantizó el cumplimiento de tal decisión (...) Aunque con posterioridad a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia la Policía Nacional del Perú dictó dos Resoluciones Supremas acordando la reincorporación del señor Cabrejos Bernuy, dicha reincorporación nunca se materializó en la práctica, pues éste en realidad nunca pudo regresar a su cargo. La reproducción continua de resoluciones de remoción expedidas por la administración ha burlado de manera continua la acción de la justicia. (...) *Tal actitud de la Policía Nacional del Perú constituye una burla al Poder Judicial y hace absolutamente innecesario exigirle a la víctima que siga intentando a perpetuidad recursos judiciales que, como está probado, no le han reparado su situación[...].*²³⁶ (el destacado es propio)

²³⁵ *Ibid.*, párrafos 31 y 33.

²³⁶ *Ibid.*, párrafos 45 a 47.

301. A su vez, en el marco de su informe de admisibilidad en el ya citado Caso Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros²³⁷, la CIDH volvió a destacar su posición en relación con los alcances de la garantía consagrada en el artículo 25 de la CADH. En aquella oportunidad, la CIDH recalcó:

En los casos en que los peticionarios han interpuesto recursos administrativos o judiciales para reclamar por la forma en que se ejecutaron las sentencias y en los mismos se ha dictado una decisión, (...) se aplica la regla de agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46.1.a. *La CIDH considera que en estos casos es aplicable el principio (...) de que "el incumplimiento de una sentencia judicial firme podría configurar una violación continuada por parte de los Estados que persiste como infracción permanente del artículo 25 de la Convención[...]"*²³⁸. (el destacado es propio)

302. Otro precedente interesante en materia de ejecución de sentencias es el informe de fondo de la CIDH en el Caso Milton García Fajardo y otros²³⁹. En este caso, los peticionarios, trabajadores de aduanas, iniciaron una huelga después de haber gestionado infructuosamente ante el Ministerio de Trabajo la negociación de un pliego de peticiones. En dicho pliego se demandaba, entre otras cosas, la reclasificación nominal de los cargos propios y comunes de la Dirección General de Aduanas, estabilidad laboral, indexación del 20% de los salarios de acuerdo a la devaluación, etc. El Ministerio de Trabajo resolvió declarar ilegal la huelga, por considerar que el Código de Trabajo de Nicaragua no permitía el ejercicio de ese derecho a los trabajadores del servicio público o de interés colectivo. Ante esta situación, los trabajadores de aduanas interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones, en contra de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, con el fin de que la

²³⁷ CIDH, Informe N° 3/01, Caso 11.670, *Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional)*, Argentina, 19 de enero de 2001.

²³⁸ CIDH, Informe N° 3/01, Caso 11.670, *Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional)*, Argentina, 19 de enero de 2001, párrafo 57.

²³⁹ CIDH, Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001.

Corte Suprema de Justicia declarara la supremacía de la Constitución sobre la legislación laboral. El Tribunal de Apelaciones resolvió, mediante sentencia interlocutoria, suspender los despidos que estaban realizando las autoridades aduaneras. A pesar de ello, las autoridades despidieron a 142 trabajadores, en su mayoría líderes de base. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, un año después de haberse interpuesto el amparo, y confirmó a través de ésta, la resolución del Ministerio de Trabajo en cuanto a la ilegalidad de la huelga.

303. La CIDH concluyó en el caso que el Estado violó en perjuicio de Milton García Fajardo y los 141 trabajadores que comprende la denuncia, los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, y los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por los artículos 8, 25, y 26 de la CADH en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1.1 de la misma.

304. Este caso presenta una variante respecto de los anteriores en materia de ejecución de sentencias y recurso judicial efectivo. La CIDH determinó en su informe de fondo que se había configurado la vulneración del derecho a la protección judicial efectiva por la falta de acatamiento de las decisiones cautelares judiciales por las que se ordenaba la reincorporación de los trabajadores. En concreto, la Comisión estableció:

El Estado violó el artículo 25.2.c de la Convención Americana al ignorar las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Apelaciones de la Sala Civil y Laboral de la Región III, por medio de las cuales se ordenó la suspensión de los despidos mientras se resolvía el recurso de amparo interpuesto (...) Ha quedado demostrado que las resoluciones judiciales cautelares emanadas del Tribunal de Apelaciones, que pretendían prevenir futuras violaciones de los derechos de los trabajadores aduaneros, resultaron ineficaces e ilusorias. Al respecto, la Corte Interamericana ha interpretado que para que exista un recurso efectivo "... no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para reme-

diarla.(...) En el presente caso, efectivamente los recursos resultaron ilusorios y su inutilidad quedó demostrada en la práctica al negarse el Estado a acatar las decisiones judiciales cautelares. Pese a la existencia de tales resoluciones, que pretendían evitar mayores violaciones, los trabajadores aduaneros fueron despedidos[...]²⁴⁰.

305. En línea con el precedente recién citado, en su análisis de admisibilidad en el Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación)²⁴¹, la CIDH consideró expresamente que había una violación a los derechos económicos sociales y culturales consagrados en el artículo 26 de la CADH. En la petición se alegó que Venezuela violó en perjuicio de 17 trabajadores jubilados de la Empresa Venezolana Internacional de Aviación Sociedad Anónima (VIASA), los derechos a la seguridad social, la propiedad y la protección judicial, todos ellos consagrados en la Convención Americana y en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

306. Los peticionarios argumentaron que la empresa estatal Viasa fue parcialmente privatizada en el año 1992 y que, en la transacción accionaria, el Estado pactó con los compradores que todos los trabajadores perderían su condición de empleados públicos y, en consecuencia, el beneficio del plan de jubilación previsto para ellos. Esta cláusula se suscribió a pesar de que en la legislación interna los derechos laborales se consideran irrenunciables. Al privatizarse la empresa, las presuntas víctimas continuaron dependiendo de Viasa. Esta entidad canceló los deberes pensionales hasta 1997, año en que de manera unilateral cesó el pago de las prestaciones. Ante esta situación, los trabajadores jubilados interpusieron una acción de amparo constitucional en que alegaron violaciones a sus derechos al trabajo, a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y a la seguridad social. La acción judicial tuvo acogida favorable en primera y en segunda instancia. Ahora bien, hasta la fecha de la presenta-

²⁴⁰ *Ibíd.*, párrafos 73, 81 y 82.

²⁴¹ CIDH, Informe N° 70/04, Petición 667/01, Admisibilidad, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y Otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa)*, Venezuela, 2004.

ción de la denuncia, luego de haber transcurrido más de cinco años desde que se decretó el amparo, no se había dado cumplimiento a las sentencias judiciales. Así, los peticionarios alegaron que el incumplimiento de las órdenes judiciales comportaba la violación continuada de los derechos laborales de los trabajadores jubilados.

307. La particularidad de este caso reside en que además de considerar que los hechos descritos por los peticionarios podrían constituir *prima facie* una violación a los artículos 21 y 25 de la CADH, la CIDH destacó en su informe que: “el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social del cual afirman su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana”²⁴².

308. El Caso Cinco Pensionistas²⁴³ también se refería al derecho a la seguridad social. Tal como se desarrollara en el segundo apartado de este trabajo, estaba en juego aquí la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo. Este caso resultó así una nueva oportunidad para que la CIDH se expresara sobre la relación entre la falta de acatamiento de decisiones judiciales y los alcances del derecho a la protección judicial efectiva²⁴⁴. En su demanda ante la Corte IDH, la CIDH destacó:

²⁴² *Ibid.*, párrafo 61.

²⁴³ Debe aclararse aquí que esta denominación le fue asignada por la Corte IDH. El caso tramitó ante la CIDH con el nombre de las víctimas. Ver al respecto Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

²⁴⁴ Es dable mencionar aquí que en su sentencia, la Corte IDH, consideró que había existido en el caso una vulneración al artículo 25 de la CADH solo en relación con el incumplimiento de algunas de las decisiones judiciales denunciadas, no concordando así, con la totalidad de lo argüido por la CIDH en este punto. Ver al respecto, Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafos 122 a 141.

A la vez, en cuanto hace a la vulneración del artículo 26 de la CADH, a pesar de lo argumentado por la CIDH y por los representantes de las víctimas y

El Estado peruano violó (...) el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana, al incumplir lo ordenado por sentencias definitivas y firmes dictadas por los tribunales peruanos, que ordenaron pagarles a las víctimas una pensión de jubilación nivelada progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la Superintendencia de Banca y Seguros que ocupara el mismo puesto, o función análoga, a la que ellos desempeñaban para la fecha de su jubilación(...) El artículo 25 de la Convención hace alusión directa al criterio de efectividad del recurso judicial, el cual no se agota con la sentencia de fondo sino con el cumplimiento de dicha decisión (...) lo que ocurrió en este caso fue que los (...) órganos estatales se autoatribuyeron de facto el poder de decidir que ya no estaban obligados a cumplir con las decisiones del más alto tribunal del país, y asumieron por su cuenta que un Decreto Ley de 1992 los autorizaba a incumplir sentencias de 1994. Con ello, dichos órganos estatales vulneraron no sólo el Estado de derecho en general, sino además, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, personas de avanzada edad cuya subsistencia digna y decorosa, desde el punto de vista material, dependía precisamente del cumplimiento de las sentencias que en favor de sus derechos adquiridos habían obtenido de la propia Corte Suprema de Justicia de su país...²⁴⁵

sus familiares, la Corte entendió que no había tenido lugar su vulneración en el caso. Destacó al respecto que: "...Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (...) se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (...) Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso." *Cfr.*, Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. párrafos 147, 148.

²⁴⁵ Ver Demanda de la CIDH ante la Corte IDH en el caso 12.034 "Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Rymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra", contra la República del Perú, párrafos 75, 85, 98. En este sentido, es interesante mencionar que el

309. En este caso, la CIDH forja un estándar relevante en relación con las obligaciones del Estado en materia de ejecución de sentencias y los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de alcanzar su cumplimiento. Así, la CIDH destaca que:

El derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana, y concretamente, la obligación a que se refiere el inciso 2.c) de dicho artículo, respecto a la obligación de los Estados de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”, implica que *los Estados deben hacer cumplir tales decisiones de buena fe y de manera inmediata, sin dar lugar a que los afectados tengan que intentar acciones adicionales de cumplimiento, de responsabilidad penal, administrativa o de otra índole, ni ningunas otras acciones similares que, en definitiva, denotan dilaciones en el cumplimiento inmediato de la sentencia favorable a derechos fundamentales[...]*²⁴⁶. (el destacado es propio)

310. Las circunstancias de este caso llevaron, entonces, a la CIDH a requerir que la Corte ordenara al Estado peruano realizar una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos a fin de establecer responsabilidades por el incumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia del Perú y por el Tribunal Constitucional. Solicitó además la CIDH que por la vía de los procesos penales, administrativos y de otra índole a que haya lugar, se apliquen a los responsables las sanciones pertinentes, adecuadas a la gravedad de las violaciones mencionadas²⁴⁷.

TEDH también ha intervenido en casos en los que se discute la falta de pago o reducción de pensiones tras la obtención de decisiones judiciales definitivas a su respecto. Ver, por ejemplo, TEDH, “Pravednaya vs. Rusia”, sentencia de 18 de noviembre de 2004.

²⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 99.

²⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 156. La Corte IDH se hizo eco de esta solicitud y decidió en su sentencia que “...el Estado debe realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas”. Ver al respecto, Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, 6to punto resolutivo.

311. Por su parte, el caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros²⁴⁸, también presenta particularidades dignas de ser aquí señaladas. En la denuncia se alegó que el Estado es responsable de la violación a los derechos a la vida, a la integridad personal, libertad personal, protección a la honra y dignidad, libertad de asociación, protección a la familia, derechos del niño, a la propiedad, circulación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, en perjuicio de los miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor. Esto, en razón de los efectos que sufren sus miembros por la contaminación ambiental producida por la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos --aledaña a la Comunidad-- la que no ha sido removida, a pesar de existir una orden administrativa que así lo dispone.

312. Con el objeto de hacer cesar la contaminación ambiental que afecta a la población de la Comunidad, sus miembros iniciaron un proceso administrativo tendiente a lograr la remoción del depósito de relaves tóxicos y la paralización de la actividad de la empresa minera a la que aquel pertenece. Tras varios años de trámite, el Ministerio de Energía y Minas finalmente ordenó la paralización definitiva del depósito de residuos tóxicos. Ahora bien, ésta orden nunca se efectivizó. En paralelo, se inició un proceso penal contra el gerente de la compañía minera por la presunta comisión de delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales, todavía pendiente a la fecha de interposición de la denuncia.

313. La CIDH destaca en su informe de admisibilidad que hubo un retardo injustificado en el cumplimiento de las resoluciones administrativas dictadas para la remoción del relave y el retardo injustificado en la tramitación de la causa penal. Por lo tanto, concluye que no resultan aplicables a dicho caso los requisitos previstos en la Convención Americana en materia de agotamiento de los recursos internos[...] y aplica que opera la excepción prevista en el artículo 46.2.c de dicho instrumento. La Comisión Interamericana llega a esta conclusión a partir del siguiente análisis:

²⁴⁸ CIDH, Informe N° 69/04, Petición 504/03, Admisibilidad, *Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros*, Perú, 15 de octubre de 2004.

En relación con el recurso adecuado, la Comisión observa que los peticionarios interpusieron los recursos existentes en la vía administrativa y judicial en la que se dio inicio a un proceso penal, no obstante estos recursos, no han sido eficaces, no han brindando la protección jurídica que buscan los peticionarios dentro de la jurisdicción interna ante la vulneración de los derechos fundamentales de la Comunidad de San Mateo de Huanchor por el producto de la contaminación resultante de una actividad minera. Las decisiones de carácter administrativo no han sido acatadas, han transcurrido más de tres años y los relaves de desechos tóxicos de la cancha Mayoc continúan causando daño en la salud de la población de San Mateo de Huanchor, cuyos efectos se agudizan con el transcurso del tiempo. Ante el incumplimiento reiterado de la orden administrativa sólo se han emitido sanciones administrativas de carácter pecuniario que no han permitido remediar los hechos que son fundamento de la petición. En cuanto al proceso penal sumario que busca sancionar los delitos cometidos contra el medio ambiente han transcurrido más de tres años desde su inicio, sin que exista un pronunciamiento definitivo al respecto (...) La Comisión considera que los recursos interpuestos ante la autoridad administrativa y judicial con el objeto de buscar la tutela jurídica de los derechos afectados en perjuicio de los pobladores de San Mateo de Huanchor han resultado ineficaces. (...) La Corte ha señalado que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia, pues se requiere que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas (...) La Comisión considera que los hechos denunciados con relación a los efectos de la contaminación ambiental provocados por los relaves ubicados en Mayoc, que ha generado una crisis en la salud pública en la población de San Mateo de Huanchor, de ser comprobados podrían caracterizar violación a los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, del niño, a la propiedad, protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales consagrados en los artículos 4, 5, 8, 17, 19, 21, 25 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento[...] ²⁴⁹. (el destacado es propio)

²⁴⁹ *Ibíd.*, párrafos 59, 61, 62, 63, 66.

314. En esta oportunidad, la CIDH toma posición en relación con el incumplimiento de decisiones administrativas en perjuicio del goce y ejercicio derechos humanos fundamentales, al entender esta situación, como susceptible de configurar una vulneración de la garantía prevista en el artículo 25 de la CADH. A la vez, es de destacar la expresa mención a la ineficacia de los métodos utilizados por las autoridades estatales con miras al acatamiento de las órdenes administrativas —una sanción pecuniaria— y, en este sentido, el señalamiento de la responsabilidad estatal de garantizar medios eficaces para ejecutar sentencias definitivas.

315. Finalmente, debe mencionarse aquí el Caso Acevedo Jaramillo y otros.

En diciembre de 1992 se dictó el decreto ley 26093 que autorizaba a los titulares de los Ministerios e Instituciones Públicas descentralizadas de Perú a efectuar una evaluación semestral de sus trabajadores, y les permitía determinar su cese en el cargo por causal de excedencia a quienes no calificaran en dicha evaluación. Ante esta situación, el 29 de diciembre de 1992 se celebró un Pacto Colectivo entre la Municipalidad Metropolitana de Lima con el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima (SITRAMUN), en que la administración se comprometía al respeto de la estabilidad laboral y la carrera administrativa de sus afiliados, compromiso reiterado mediante acta suscrita entre las mismas partes en octubre de 1995.

316. Ahora bien, en diciembre de 1995 se publicó la Ley de Presupuesto del Sector Público para 1996, ley 26553, en la que se estableció que se incluía a los gobiernos locales dentro de los alcances de la ley 26093, es decir se autorizaba a los gobiernos municipales para iniciar procesos de evaluación y clasificación de sus empleados y trabajadores. La Municipalidad Metropolitana de Lima hizo uso de las facultades que le otorgaba esta norma y procedió a cesar en sus puestos de trabajo a una gran cantidad de trabajadores²⁵⁰. Ante

²⁵⁰ Es de destacar que las personas que se vinculaban a la Municipalidad de Lima, a excepción de los funcionarios de manejo y confianza, procedían a afiliarse al Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima SITRAMUN. De esta manera, las víctimas en el presente caso son los 1734 trabajadores, que hacían

esta situación, los trabajadores interpusieron numerosas acciones judiciales con miras a obtener el reintegro o el pago de las indemnizaciones correspondientes. En su gran mayoría, estas decisiones fueron incumplidas.

317. En paralelo, por las consecuencias de las medidas adoptadas por el gobierno municipal, el Sindicato de SITRAMUN convocó a sus afiliados a un cese general de actividades. Tal cese fue declarado ilegal mediante la resolución R.A. No. 575 del 1° de abril de 1996, por la que se conminó a que los trabajadores no participaran bajo amenaza de sanción administrativa. Realizada la huelga, la Municipalidad de Lima procedió a instruir procesos administrativos disciplinarios a los trabajadores que participaron en ésta. Así, mediante diversas resoluciones se destituyó a 418 trabajadores. Ante dicha decisión, los trabajadores recurrieron nuevamente a la justicia y obtuvieron sentencias que ordenaron a la Municipalidad de Lima, la reposición en sus cargos. Estas decisiones tampoco fueron debidamente acatadas.

318. A la vez, la Municipalidad de Lima también incumplió en perjuicio de sus trabajadores, sentencias judiciales que versaban sobre el cese de reducciones salariales, bonificaciones, asignaciones, beneficios; la entrega de un local para el sindicato y el haber dejado sin efecto la adjudicación de terrenos para un programa de viviendas por intermedio del sindicato.

319. En este orden de ideas, en su demanda ante la Corte IDH²⁵¹, la CIDH le requirió que estableciera la responsabilidad internacional del Estado peruano por haber incumplido con las obligaciones que emanan del artículo 25 de la CADH, en conexión con el artículo 1.1. del mismo instrumento, en perjuicio de Julio Acevedo Jaramillo y otros trabajadores de la Municipalidad de Lima miembros del SITRAMUN, por incumplir “sentencias judiciales que fueron

parte del SITRAMUN al momento en que fueron afectados en sus derechos y al interponer las distintas demandas contra la Municipalidad de Lima en el mes de abril de 1996.

²⁵¹ Demanda de la CIDH ante la Corte IDH en el caso *Acevedo Jaramillo Julio y otros, Perú*, 25 de junio de 2003.

proferidas por los Jueces de la ciudad de Lima, la Corte Superior de Justicia de Lima en segunda instancia y el Tribunal Constitucional del Perú por vía de acción de amparo desde el año de 1997, en procesos en los cuales se reconocieron los derechos de los trabajadores de la Municipalidad de Lima miembros del SITRAMUN²⁵². Así, en línea con los precedentes hasta aquí desarrollados, la CIDH destacó en su escrito:

El cumplir y hacer cumplir las sentencias del poder judicial está íntimamente relacionado entonces con el concepto mismo de la función jurisdiccional del Estado, son facultades que conllevan la *coertio* y la *exekutio*. *De nada valdría la fuerza del derecho material impelida por una decisión judicial si no tuviese o contase con el respaldo de la fuerza real del Estado para hacerla efectiva*. El juez no cuenta con más fuerza que su decisión fundamentada en el derecho y la fuerza moral vinculante con la sociedad en su tarea (legalidad y legitimidad), pero esa fuerza jurídica y moral sucumbirá ante la resistencia física de los justiciables que pueden usar en su contra ante una disconformidad, de modo que *a la labor judicial debe dotársele de una fuerza efectiva a través de la Administración del Estado para vencer también la resistencia física a un desacato y poder imponer con eficacia la decisión cuando no sea voluntariamente aceptada*. (...) Para que el poder judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además sea independiente, imparcial y *que sus sentencias sean cumplidas* (...) *La administración de justicia tiene como premisa fundamental el carácter vinculante de las decisiones adoptadas en la determinación judicial de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, que deben ser ejecutadas, mediante la fuerza pública de ser necesario, aunque involucren la responsabilidad de los órganos del Estado mismo*[...] ²⁵³. (el destacado es propio)

320. En su sentencia, la Corte IDH retomó las consideraciones de la CIDH en el caso y fue enfática en cuanto a los alcances de los derechos consagrados en el artículo 25.1 y 25.2.c. En este sentido,

²⁵² *Ibid.*, párrafo 2.

²⁵³ *Ibid.*, párrafos 134, 135, 139.

el tribunal desarrolló estándares relevantes en materia de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias. En concreto el Tribunal expresó que:

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. *Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia.*

*Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas (...) el Tribunal ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (...) El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes[...]*²⁵⁴ (el destacado es propio)

321. En esta línea, el Tribunal estimó que el caso demuestra que para satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes y que “es preciso que existan mecanismos efica-

²⁵⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párrafos 216, 217, 219. Es dable mencionar aquí que en este punto, la Corte IDH realiza la siguiente cita: “Con cita a *Cfr. Antoneeto v. Italy*, No. 15918/89, párrafo 27, CEDH, 20 de julio de 2000; *Immobiliare Saffi v. Italy* GC No. 22774/93, párrafo 63, EHCR, 1999-V; y *Hornsby v. Greece* judgment of 19 March 1997, ECHR, *Reports of Judgments and Decisions 1997-II*, párrafo 40.”

El TEDH también se ha referido a la vinculación entre la protección judicial efectiva y la debida ejecución de las sentencias en casos como “*Taskin y otros vs. Turquía*”. Cfr. TEDH, “*Taskin y otros vs. Turquía*”, sentencia del 10 de noviembre de 2004.

ces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados”²⁵⁵. La Corte destacó entonces que “la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva”²⁵⁶ y que “tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello”²⁵⁷. De esta manera, “el retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias”²⁵⁸.

322. La Corte declaró así que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 y 25.2.c de la Convención Americana e incumplió la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de la misma, y se ocupó de resaltar que estas violaciones “son particularmente graves, ya que implicaron que durante muchos años se

²⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 220.

²⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 220.

²⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 225.

²⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 225. Aquí la Corte realiza la siguiente cita: “Cfr. *Case of “Amat-G” LTD and Mebaghishvili v. Georgia*, EHCR, *judgment of September 2005*, párrafo 48; *Popov v. Moldova*, No. 74153/01, párrafo 54, *judgment of January 18, 2005*; y *Shmalko v. Ukraine*, No. 60750/00, para. 44, *judgment of July 20, 2004*”. Vale mencionar aquí que en el caso “*Burdov vs. Rusia*”, el TEDH también fue enfático en cuanto a la imposibilidad de justificar la falta de cumplimiento de decisiones judiciales con la alegación de razones presupuestarias. Ver al respecto, TEDH, “*Burdov. Vs. Rusia*”, sentencia del 7 de mayo de 2002.

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 278. Aquí la Corte destaca que la gravedad de las afectaciones a derechos laborales que se sucedieron en el caso, serán tenidas en cuenta por ella al dictar las reparaciones. Es pertinente citar entonces aquí que en el marco de las Reparaciones, la Corte establece: “...El Estado debe cumplir, en el plazo de un año, con garantizar a los lesionados en el goce de sus derechos, a través de la efectiva ejecución de las sentencias de amparo cuyo incumplimiento parcial o total fue declarado por este Tribunal (...), tomando en cuenta que los tribu-

afectaron derechos laborales amparados en las mismas”²⁵⁹.

323. Se evidencia así la trascendencia de los estándares esbozados en el caso, en materia del diseño e implementación de mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de sentencias que involucren la realización de derechos económicos, sociales y culturales.

E. Conclusiones

324. El artículo 25 de la Convención Americana establece el deber estatal de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han comenzado a delinear estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

325. Tanto la CIDH como la Corte IDH han identificado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato de los derechos sociales, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo.

326. La Comisión Interamericana ha identificado determinadas características esenciales con las que estas medidas deben contar para ser consideradas idóneas a la luz de la Convención Americana. Así, ha postulado que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; que deben poder tramitarse como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto; que deben ostentar la posibi-

nales internos competentes de la ejecución de las sentencias deberán realizar algunas determinaciones (...) En el caso del cumplimiento de las sentencias que ordenan reponer a trabajadores en sus cargos o similares, en el plazo de un año, el Estado debe restablecer en dichos puestos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos (...) Si no fuera posible reponer en sus puestos o en otros similares a los trabajadores, el Estado debe proceder, en el plazo de un año, al pago de una indemnización por concepto de terminación de las relaciones laborales por causa injustificada...” (el destacado es propio) *Cfr. Ibid.*, párrafo 318.

lidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local; y, por último, que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados.

327. La CIDH ha destacado que, al tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos que requieren de una respuesta urgente, la formalidad de la prueba no debe ser la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios. Ello se debe a que la idea que subyace a esta tutela de tipo cautelar es que en el corto plazo se adopten las provisiones necesarias para la protección inmediata de los derechos en juego.

328. En los últimos tiempos, la Corte IDH y la CIDH han reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, ya no sólo en su dimensión individual, sino también en su faz colectiva. En este marco, el SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo.

329. Es posible observar que el SIDH ha atravesado una clara evolución en esta materia, en cuanto ha reconocido expresamente la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de esbozar y poner en práctica dispositivos jurídicos con miras a garantizar plenamente tal dimensión. De esta manera, se evidencian los mayores alcances que los órganos del SIDH le han reconocido a la garantía prevista en el artículo 25 de la CADH, a fin de contemplar en su marco, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos.

330. A su vez, la jurisprudencia del SIDH también se muestra últimamente más firme y asentada a la hora de exigir la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión individual. En este aspecto, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos efectivos de reclamo para la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores.

331. Por último, vale mencionar aquí que, en los últimos años, el sistema ha dado pasos importantes en el trazado de estándares sobre la obligación estatal de instaurar mecanismos que aseguren la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado.

332. En este sentido, la Comisión Interamericana se ha ocupado de subrayar ciertos rasgos distintivos de un proceso de ejecución de sentencia, cuando aquel que debe obedecerla no es otro que el Estado. Ha recalcado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Esto pues, tales órganos, al ser estatales, suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes. De acuerdo con la CIDH, dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos. De acuerdo con la Comisión, cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaboradas que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar.

333. La CIDH ha reiterado en diversas oportunidades que existe en el SIDH un principio que sostiene que el no acatamiento de una manda judicial firme configura una violación continuada por parte de los Estados, que persiste como una infracción permanente al artículo 25 de la Convención Americana. A este respecto, la CIDH incluso ha trazado un incipiente estándar por el que ha postulado que el incumplimiento de fallos judiciales que tutelan derechos sociales tales como el derecho a la seguridad social, puede llegar a caracterizar también una violación del artículo 26 de la Convención.

334. A la vez, la CIDH ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere del acatamiento de las decisiones cau-

telares judiciales. Por lo que el incumplimiento de estas medidas, también puede conllevar la vulneración de este derecho.

335. La Comisión Interamericana también ha delineado un estándar relevante en relación con los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor. Así, ha manifestado que los Estados deben garantizar el cumplimiento de dichas decisiones judiciales de forma inmediata y sin requerirle a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento, sea en la órbita penal, administrativa o de ninguna otra índole.

336. Igualmente, la CIDH ha sido enfática en cuanto a la necesidad de garantizar el cumplimiento de decisiones administrativas. En ese sentido, ha considerado la necesidad de dotar de eficacia a los dispositivos utilizados por la Administración para lograr el acatamiento de las órdenes emanadas de las autoridades administrativas.

337. Por su parte, la Corte IDH ha comenzado a desarrollar estándares de importancia en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias. En este orden de ideas, ha expresado que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. La Corte Interamericana entiende que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión. En palabras de la Corte, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que una manda judicial final y obligatoria persista ineficaz en detrimento de una de las partes.

338. En esta línea, el tribunal ha considerado que para hablar de “recursos judiciales efectivos” no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. A la vez, la Corte ha sostenido que en el caso de fallos en materia de acciones de garantía, atento a

la particular naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, la Corte es enfática al afirmar que las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos.

339. En este orden de ideas, la Corte ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva. [...]

El derecho a la educación de las personas con discapacidades

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación,
A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007

[...] I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

7. Es indiscutible que las personas con discapacidad de ambos sexos y de todas las edades tienen derecho a la educación. Lamentablemente también es indiscutible que en la actualidad está muy generalizada la práctica de no reconocer este derecho a un número desproporcionado de personas con discapacidad de ambos sexos y de todas las edades en la mayor parte del mundo. Los efectos de la denegación generalizada del derecho a la educación en todas las edades y en todas las esferas de la vida han quedado más que demostrados en los anteriores informes del Relator Especial sobre la educación. Dado que el número de personas con discapacidad se estima entre los 500 y 600 millones de personas (de los que 120 a 150 millones son niños, y de ellos entre el 80 y el 90% vive en la pobreza en los países en desarrollo) y que entre un 15 y un 20% de todos los alumnos tienen necesidades especiales en algún momento de su itinerario educativo¹, los efectos actuales y posibles en el futuro son inaceptables y suscitan enorme preocupación.

¹ Jonsson, Ture, Wiman, Ronald. *Education, Poverty and Disability in Developing Countries*. Poverty reduction sourcebook, junio, 2001, p. 11.

8. La insuficiente supervisión pública de la educación de las personas con discapacidad ha sido motivo de incertidumbre sobre el grado exacto de su exclusión del sistema educativo. No obstante, las estadísticas existentes ponen de relieve que el alcance y la extensión de esa exclusión en todos los grupos de edad y en ambos sexos y, también, en la propia comunidad de discapacitados, es sencillamente inaceptable. Dos ejemplos sencillos bastarán para corroborar esta afirmación. En primer lugar, mientras que la tasa de matrícula neta en la enseñanza primaria en el mundo en desarrollo ha aumentado para alcanzar en la actualidad el 86% en todas las regiones², las estimaciones del número de niños discapacitados escolarizados en los países en desarrollo varían entre menos del 1 y el 5%³. En segundo lugar, las tasas de alfabetización de la mujer discapacitada es de un 1%, en comparación con un 3% aproximadamente del total estimado de personas discapacitadas⁴.

9. A fin de reaccionar ante esa exclusión, el estrechamiento de la alianza entre los movimientos de “derechos humanos” y los de “discapacitados” ha promovido el paradigma educativo en la actualidad generalmente conocido como educación inclusiva al que ya se hizo referencia. La educación inclusiva se basa en el principio de que siempre que sea posible todos los niños deben estudiar juntos, sin establecer ningún tipo de diferencias⁵. La educación inclusiva reconoce que todo niño tiene características, intereses, capacidades, y necesidades de aprendizaje particulares y que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al siste-

² United Nations, The Millenium Goals Development Report 2006, p. 6. <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2006/MDGReport2006.pf>

³ Peters, S.J., *Inclusive Education: an EFA strategy for all children*, World Bank, November 2004 (available at: <http://www.worldbank.org>). VSee also UNESCO, *Guidelines forInclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005, p.11.

⁴ Groce, quoted by Rousso, Harilyn. *Education for All: A gender and disability perspective*. Disabilities Unlimited, 2005, p. 2.

⁵ Salamanca Statement on Principles, Policy and Practice in Special Needs Education, para.3.

ma de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño. La educación inclusiva, al tener en cuenta la diversidad existente entre los alumnos, trata de luchar contra actitudes discriminatorias, crear comunidades donde sean bien acogidos, lograr una educación para todos, así como mejorar la calidad y la eficacia de la educación de los alumnos de la enseñanza corriente⁶. Así, los sistemas educativos deberían dejar de considerar a las personas con discapacidad como problemas que hay que solucionar, y actuar de manera positiva ante la diversidad del alumnado, considerando las diferencias individuales como otras tantas oportunidades para enriquecer la enseñanza para todos⁷.

10. El concepto de educación inclusiva supone dos procesos íntimamente relacionados: por un lado cuestiona la educación tradicional (patriarcal, utilitarista y segregadora) y por otro lado se refiere a un mecanismo específico que busca asegurar una educación apropiada y pertinente para las personas con discapacidad y para otros grupos discriminados, motivo por el cual aspira a ser un modelo sistémico y sistemático. Habiendo establecido esto, resulta evidente que en la corriente imparable de la educación inclusiva, la escuela pierde el aséptico sentido catalizador que se le ha atribuido durante siglos y está ahora llamada a cambiar profundamente.

11. Frente a esta situación, se erige, en cambio, el paradigma de la “educación especial”. Las políticas que adoptan este paradigma proponen una educación segregada que da lugar a la formulación de dos sistemas educativos separados: uno para personas con discapacidad, que a menudo se conoce como “escuelas especiales”, y otro para los que no tienen discapacidad, o escuelas “regulares”. Las escuelas especiales, que se basan en el convencimiento de que las personas con discapacidad no pueden ser educadas y constituyen una carga para el sistema de enseñanza regular, a menudo eran -y siguen siendo- inflexibles y no tenían en cuenta las necesidades específicas de cada alumno y ni siquiera proporcionaban u ofrecían

⁶ Ibid, para. 2.

⁷ UNESCO, *Guidelines for Inclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005, p.9.

a sus alumnos unos resultados “óptimos”. Los efectos negativos de ese tipo de concepción se reflejan en las distintas evaluaciones educativas nacionales e internacionales. La consecuencia de ello es que las escuelas regulares “no presentan los resultados que no están a la altura de los objetivos en cuanto al rendimiento, lo que da lugar a que exista una renuencia a incluir a los estudiantes con discapacidad y a que se expulse a los alumnos a los que resulta difícil educar”⁸. Además, la práctica de separar a los estudiantes con discapacidad puede entrañar su mayor marginación social, situación en la que se encuentran generalmente las personas con discapacidad, y con ello afianzar la discriminación. En cambio, se ha demostrado que la educación inclusiva puede limitar la marginación. Esa marginación propicia los estereotipos, los prejuicios irracionales y, por ende, la discriminación⁹.

12. La transición de una educación segregada y especial a una educación inclusiva no es sencilla, por lo que hay que tener presente las complejas cuestiones que plantea y hacerles frente con decisión. Y es que no se puede hacer las cosas a medias... Así, por ejemplo, la “integración” educativa que a menudo se presenta como una verdadera “inclusión”, o un sustituto, ha creado sus propias dificultades. Los intentos de una mera integración en las escuelas regulares sin los correspondientes cambios estructurales (por ejemplo, organización, planes de estudios y estrategias didácticas y de aprendizaje) han resultado, y seguirán resultando inútiles, por varios motivos, para observar los derechos educativos de las personas con discapacidad. En efecto, puede ocurrir que la “integración” implique una exclusión en las escuelas regulares antes que en las escuelas especiales. Por ello, es indudable que la política educativa actual y la del futuro debe determinar y eliminar todos los sesgos

⁸ Peters, S., Johnstgone, Cy, Ferguson, P. .A disability rights in education model for evaluating inclusive education., *International Journal of Inclusive Education*, Vol. 9, No. 2 April-June 2005, p. 140

⁹ Lindsay, Katherine (2003), .Asking for the moon? A critical assessment of Australian disability discrimination laws in promoting inclusion for students with disabilities., School of Law, University of Newcastle, University Drive, Callaghan, NSW 2308, Australia.

estructurales que entrañen una posible exclusión del sistema educativo ordinario. Las políticas y los recursos encaminados a formular prácticas genuinamente “inclusivas” deben primar sobre las antiguas prácticas.

13. La educación inclusiva pone en tela de juicio la idoneidad de la educación segregada, tanto desde el punto de vista de su eficacia como del respeto de los derechos humanos¹⁰. En cuanto a su eficacia, las investigaciones más recientes parecen indicar que, tratándose de la educación, cunde en los Estados una mayor conciencia de la ineficacia de disponer de múltiples sistemas de administración, estructuras organizativas y servicios y, en concreto, de la falta de viabilidad financiera de las escuelas especiales¹¹. Además, sugieren que la educación inclusiva puede ser, no sólo eficiente, sino además efectiva desde el punto de vista de los costos¹².

14. Como señaló el predecesor del Relator Especial, el verdadero acceso es un componente fundamental del derecho a la educación de los estudiantes con o sin discapacidad y entraña la existencia de factores a la vez ajenos a cada alumno y personales de él. Se ha demostrado que no tener en cuenta esa combinación de factores ajenos y personales propios de las personas con discapacidad con frecuencia ha provocado que se les cierre totalmente el acceso a la educación, ya sea ésta inclusiva o de otro tipo. En otros lugares y en numerosas ocasiones se ha destacado una serie de medidas sencillas, aunque eficaces, para hacer frente a esos factores. Dado que es muy frecuente el desconocimiento de esas medidas, para volver a resaltar su importancia, se incluye una lista de ellas no exhaustiva, aunque más pertinente desde el punto de vista de la inclusión. A fin de neutralizar los factores externos que limitan el acceso a la educación, esas medidas se centran en la modificación del entorno

¹⁰ UNESCO (2005), op. cit., p 9.

¹¹ Peters, Susan J. (November 2004). *Inclusive Education: An EFA Strategy For All Children*, www.worldbank.org, quoted in OECD, 1994; OECD, 1995; OECD 1999; OECD 2000; O.Toole and McConkey (1995) *Innovations in Developing Countries for People with Disabilities*; EURYDICE, 2003.

¹² Skrtic, quoted in Susan Peters, T.M. (1991). .The special education paradox: equity as the way to excellence., *Harvard Educational Review*, 61(2), pp. 148-206.

físico, como el diseño de los pasillos y las aulas, los pupitres, el ensanchamiento de las entradas, las rampas de acceso a los edificios, la instalación de ascensores, la modificación o la nueva consideración de su ubicación geográfica, la adaptación de las normas y los principios de ingreso, además de factores personales, como las clases complementarias, otras o nuevas formas de comunicación, los tutores especiales, el personal de apoyo y las comidas nutritivas.

15. Como conclusión de esta sección se formulan dos observaciones que, aunque distintas, son importantes. En primer lugar hay que concebir la educación inclusiva desde una perspectiva expansiva, que abarque el aprendizaje a lo largo de la vida, desde la guardería hasta la formación profesional, la educación básica para adultos y la educación para la vida activa de las personas de más edad. En segundo lugar, los Estados deben respetar tanto la libertad de los padres para elegir un centro escolar para el hijo discapacitado¹³ como el derecho de esos niños a expresar sus propias opiniones en esos asuntos y a ser escuchados¹⁴.

II. EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA - MARCO NORMATIVO

16. El objetivo de esta sección es sencillamente presentar el marco normativo aplicable en materia de educación inclusiva. En modo alguno es exhaustivo, puesto que se puede encontrar fácilmente en otros lugares. Como han señalado numerosos conocedores de la cuestión, la primera vez que los Estados reconocieron el derecho a la educación en el plano internacional fue en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948. En 1960 la UNESCO aprobó la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Posteriormente se adoptaron varios instrumentos vinculantes, de los que el más pertinente a los efectos de este informe es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996. El artículo 13 del Pacto desarrollaba en mayor detalle la Declaración Univer-

¹³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 13, para. 3.

¹⁴ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 7, para. 3, and Convention on the Rights of the Child, arts. 2 and 12.

sal al reconocer oficialmente el derecho de todos a una enseñanza primaria gratuita y obligatoria así como, de manera paulatina, a una educación secundaria y superior gratuita. Unos 23 años más tarde este reconocimiento volvió a reiterarse en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

17. Aunque en esos instrumentos no se hace referencia explícita a la educación inclusiva, algunos elementos del derecho a la educación implícitamente son útiles para promover el concepto. En particular, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destaca el papel de la educación para “capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre” [el subrayado es nuestro]. Este mismo principio se reitera en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero esta vez de una manera más explícita en los artículos 29 y 23; el primero al centrarse en los propósitos de la educación y el último, relativo específicamente a los niños con discapacidad, al imponer a los Estados la obligación de velar por que el niño discapacitado “tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual...”.

18. Entre los principales marcos programáticos aplicables cabe destacar la Conferencia Mundial sobre la Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia), en 1990, donde se estableció el objetivo bien conocido en la actualidad de la “educación para todos”, a fin de promover la igualdad y el acceso universal a la educación. En 1993 se dio un paso más con la aprobación de las “Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, que se centran, como indica su título, en la igualdad de oportunidades y la participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la sociedad. En 1994 se aprobó la “Declaración de Salamanca de principios, política y práctica para las necesidades educativas especiales” de la UNESCO, en la que se afirmaba la necesidad de impartir enseñanza a todos los alumnos dentro del sistema común de educación. En concreto, en su párrafo

2 se afirma: “Las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan la medida más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos”.

19. En el Foro Mundial sobre la Educación, celebrado en Dakar, del 26 al 28 de abril de 2000, se reiteró la necesidad de centrarse en el acceso a la educación y la inclusión de los alumnos de entornos desaventajados y marginados. Para alcanzar esta meta, en el comentario detallado del Marco de Acción de Dakar se hace hincapié en que “los sistemas educativos deberán ser integrales, buscando activamente a los niños que no estén matriculados y atendiendo con flexibilidad a la situación y las necesidades de todos los educandos” (párr. 33).

20. En septiembre de 2006, el Comité sobre los Derechos del Niño aprobó la Observación general N° 9 relativa a “los derechos de los niños con discapacidad”. En esta observación general en concreto considera que la educación inclusiva es “el objetivo de educar a los niños con discapacidad e indica que los Estados deberían prever la creación de escuelas con instalaciones adecuadas y apoyo individual para esas personas”¹⁵.

21. Recientemente, en diciembre de 2006, la Asamblea General en su resolución 61/106 aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Convención sobre la discapacidad). En esta Convención se reconoce sin ambigüedades la relación existente entre la educación inclusiva y el derecho a la educación de las personas con discapacidad, en particular en su artículo 24, que dispone lo siguiente: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida...”.

¹⁵ Committee on the Rights of the Child, general comment No. 9 on the rights of children with disabilities (CRC/C/GC/9: para 64).

III. OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El carácter de las responsabilidades de los Estados Partes en los tratados de derechos Humanos

22. La normativa en materia de derechos humanos impone a los Estados tres amplias obligaciones en relación con el derecho a la educación. En primer lugar, el Estado no debe injerirse en el disfrute de este derecho. En segundo lugar, el Estado debe proteger contra toda discriminación en su disfrute y velar por que tanto hombres como mujeres puedan disfrutarlo en igualdad de condiciones¹⁶. En tercer lugar, el Estado debe tomar medidas aprovechando al máximo los recursos disponibles, con miras a lograr la plena realización del derecho a la educación¹⁷.

23. En cuanto Partes en los tratados de derechos humanos, es evidente que son los Estados los que tienen la obligación jurídica primordial de respetar, proteger y hacer valer el derecho a la educación en virtud de esos tratados. Sin embargo, en la práctica es fundamental la participación no discriminatoria de una amplia gama de otras entidades para poder hacer realidad la educación inclusiva. En efecto, la inclusión abarca, no sólo los derechos de los alumnos marginados, sino además y de una manera más amplia la agilización de los cambios culturales y de valores en el sistema educativo y en la comunidad en general. Al respecto más adelante se exponen tres consideraciones concretas. Seguidamente se pasa revista someramente a los requisitos mínimos que deben cumplir los marcos legislativo, político y financiero del Estado. De igual modo, el éxito de la educación inclusiva a veces depende de otorgar autonomía a las autoridades locales para que puedan adoptar decisiones sobre la accesibilidad y la inclusión, y de exigir responsabilidades a esas autoridades.

¹⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, arts. 2, para. 2, and 3; Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 4, para. 1.

¹⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 2, para. 1; Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 4, para. 2.

24. En el plano de la administración central, las atribuciones en relación con el derecho a la educación de las personas con discapacidad se reparten entre distintas instituciones, como el Ministerio de Asuntos Sociales o el Ministerio de Salud. Es obvio que existen posibilidades de que haya incoherencias en la política y en la legislación, así como en su aplicación, tratándose de la educación inclusiva. Por ello, una única institución del gobierno, el Ministerio de Educación, debería ser la encargada de velar por la realización del derecho a la educación inclusiva para todos.

25. Evidentemente, como no podría ser de otro modo, los padres, las comunidades y los maestros son responsables de la educación inclusiva y su puesta en práctica. El UNICEF afirma que estos tres grupos son claves para apoyar todos los aspectos de la sociedad y, en efecto, los tres tienen la responsabilidad de promover y proteger el derecho a una educación inclusiva. Sin embargo, en esos tres grupos predominan ideas equivocadas sobre la discapacidad en general, así como la creencia de que o bien los niños con discapacidad, deben “adaptarse” a las escuelas regulares, o bien es apropiado la existencia de escuelas segregadas, o ambas ideas a la vez. Es fundamental que desaparezcan cuanto antes esas ideas erróneas. A tal fin, los Estados deben considerar la posibilidad de formular programas para proporcionar información a la comunidad en general, así como medidas de concienciación, sobre la importancia de la educación inclusiva. En concreto, si realmente la actitud y la tolerancia de los maestros son los medios para la construcción de una sociedad inclusiva y participativa¹⁸, como tan convincentemente afirma la UNESCO, resulta imprescindible una capacitación antes y después de su ingreso en el cuerpo docente al igual que la formulación de programas de capacitación para administradores escolares, planificadores educativos y encargados de formular políticas.

Marcos normativo, legislativo y financiero

26. Los marcos normativos, legislativos y financieros nacionales son una condición imprescindible para que los Estados puedan

¹⁸ UNESCO (2005), op. cit., p. 17.

cumplir sus obligaciones con respecto al derecho a la educación en general y a la educación inclusiva en particular. En consecuencia, los Estados deben velar por la existencia de marcos normativos, políticos y financieros estructurados y eficaces. Al respecto, cabe hacer hincapié en que la legislación no es un fin en sí misma y que las repercusiones de los marcos legislativos dependerán del grado de aplicación, de la continuidad de la financiación, de una verdadera supervisión y evaluación, así como de marcos normativos más pormenorizados que garanticen que las normas jurídicas se reflejen en la práctica y en los programas. Como mínimo y teniendo presente lo anteriormente expuesto, esos marcos deberían¹⁹:

a) Reconocer la educación inclusiva como derecho

27. Los Estados deben reconocer la educación inclusiva como un componente inherente al derecho a la educación. Tanto para formular directrices sobre el significado de la legislación como para consagrarlo, los Estados deben hacer referencia explícita a todas las obligaciones pertinentes contraídas en virtud de tratados de derecho internacional en materia de derechos humanos.

b) Identificar normas comunes en relación con el derecho a la educación

28. Los Estados oficialmente deben determinar normas en materia de educación para velar por que las personas con discapacidad puedan disfrutar de una educación disponible, accesible, aceptable y adaptable en un pie de igualdad con el resto de los ciudadanos. Esas normas deben contemplar como mínimo: el acceso físico, el acceso en cuanto a la comunicación (lenguaje de signos y Braille), el acceso social (a los compañeros) y el acceso económico (asequibilidad) de la escolarización; la determinación temprana de necesidades educativas especiales y la intervención en la primera infancia; la promoción de la formulación de planes de estudios comunes a todos los alumnos y la promoción de la educación y el aprendizaje de los derechos humanos; la garantía de una capacitación anterior y durante el servicio de los maestros y los administradores escolares;

¹⁹ Adapted from Peters, S., *Inclusive Education: An EFA Strategy for all children*, World Bank, November 2004, pp. 32-46.

el apoyo individualizado al estudiante en los casos necesarios; la coordinación de todas las esferas de reforma educativa para velar por su coherencia con el derecho a la educación y la educación inclusiva.

c) Establecer las normas mínimas en relación con los factores determinantes subyacentes del derecho a la educación

29. Los Estados deben considerar a la familia, la comunidad y la sociedad civil como participantes activos en la educación inclusiva y velar por esa participación. La política y la legislación deben procurar la participación de la comunidad, incluida, naturalmente, la de los propios alumnos con discapacidad, en la toma de decisiones, por medio del fomento de la capacidad, la lucha contra hábitos y actitudes discriminatorias y las ideas equivocadas sobre las personas con discapacidad, velando por la libertad de elección de instituciones educacionales de los padres y promoviendo el conocimiento general sobre los derechos de las personas con discapacidad.

d) Garantizar un plan de transición

30. Los detalles concretos de la introducción de una educación inclusiva y la transición a ella a menudo constituyen un proceso que, como cabe esperar, seguirá siendo diferente a través de los Estados. Sea cual fuere la forma que revista ese proceso, los marcos legislativos y normativos deben proporcionar específicamente un plan de transición con objeto de asegurar que los estudiantes no queden varados en los procesos de reforma.

e) Determinación de las personas a las que corresponde cumplir las obligaciones y responsabilidades que les corresponden

31. Los Estados deben determinar las responsabilidades de los principales protagonistas y delegar responsabilidades a nivel del gobierno central, provincial y local, los ministerios de educación, administradores escolares, maestros y otras personas tales como los integrantes de organizaciones de la comunidad, cuando corresponda.

f) Suministro de recursos

32. Los Estados deben garantizar una mínima asignación de recursos adecuada y sostenible y buscar asistencia internacional cuando se carezca de recursos o de conocimientos.

g) Establecimiento de mecanismos de vigilancia y evaluación

33. Los Estados deben establecer procedimientos de vigilancia y evaluación eficaces y transparentes, e incluso tomar providencias para la reunión y el análisis de datos y estadísticas. También deben prever una solución jurídica individual eficaz, incluidas reparaciones judiciales y asegurar un papel activo a las comisiones nacionales de derechos humanos y a los *Ombudsman* que se ocupan de la discapacidad.

34. Entre las esferas prioritarias para recibir fondos con objeto de promover la educación inclusiva cabe citar: la capacitación anterior al servicio para maestros y administradores escolares, la capacitación dentro del servicio para maestros y administradores y el desarrollo profesional; la conversión de escuelas especiales en centros de recursos y la utilización de personal en las escuelas especiales para proporcionar conocimientos especializados en las escuelas regulares; la garantía de una remuneración adecuada para los maestros y el personal conexo y la introducción de instalaciones razonables (físicas, tecnológicas, estructurales) para asegurar que el entorno de aprendizaje sea accesible a todos los estudiantes con discapacidad.

IV. PROBLEMAS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

35. Una cuestión importante que debe tenerse en cuenta para el logro del derecho a la educación de las personas con discapacidad es determinar y gestionar los problemas que impiden la inclusión eficaz. Entre los problemas potenciales que se han observado antes cabe citar las actitudes y los valores negativos existentes con respecto a las personas con discapacidad; la falta de atención a las necesidades específicas de la mujer con discapacidad; los conocimientos inadecuados entre los maestros y los administradores; la inaccesibilidad de la educación, en especial el acceso físico a los edificios y el acceso al material didáctico; las restricciones en materia de recursos; y la atención inadecuada que se presta a las necesidades de educación especial de los estudiantes en la educación general. Muchos de esos problemas pueden abordarse al macronivel, reafirmando la posición del Estado como principal encargado de hacer cumplir los derechos humanos.

36. De ellos, el principal problema es la muy arraigada estigmatización social de las personas con discapacidad. Los estereotipos a menudo combinados con hostilidad y actitudes tradicionales hacia las personas con discapacidad actualmente prevalentes entre maestros, autoridades escolares, autoridades locales, comunidades e incluso familias, pueden reforzar la exclusión de los estudiantes con discapacidad, y evidentemente obstaculizar la inclusión. En efecto, ello se reconoce en la Convención sobre la discapacidad que formalmente establece que no es la “discapacidad” lo que obstaculiza plena y efectivamente la participación en la sociedad, sino más bien “las barreras debidas a la actitud y al entorno” en esa sociedad. Tales barreras y la estigmatización subrayan el imperativo de mantener los derechos claramente articulados y arraigados en los marcos normativos y legislativos. Por consiguiente, son esenciales la organización de campañas para despertar la conciencia sobre la educación inclusiva y, más ampliamente, en lo que respecta a la Convención sobre la discapacidad, así como programas de capacitación para maestros y otros profesionales conectados con la adquisición permanente de conocimientos²⁰.

37. Demasiado a menudo se considera erróneamente que la inclusión es prohibitivamente costosa, poco práctica o una cuestión que estrictamente tiene que ver con la discapacidad. No obstante, la investigación sugiere que los Estados que han aplicado apropiadamente el modelo de educación inclusiva han encontrado que su aplicación y funcionamiento son menos costosos que los servicios de educación especial segregados; tienen mayores beneficios educacionales y sociales para los niños y contribuyen notablemente al desarrollo profesional en curso y a la satisfacción de los educadores en el empleo²¹.

38. Esto no quiere decir que la educación inclusiva, para aplicarse con éxito, no tenga consecuencias en materia de recursos. En la evaluación de la Educación para todos 2000 se estimó que para lograrla en forma mundial se requeriría un aumento en apoyo

²⁰ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 8.

²¹ Porter, Gordon. *Disability and education: toward an inclusive approach*. Inter-American Development Bank 2006.

financiero por parte de los donantes de aproximadamente 8.000 millones de dólares por año²². Habida cuenta de que muchos países cuentan con recursos limitados que deben dividirse entre toda una gama de sectores sociales, es importante que los Estados utilicen el “máximo de los recursos disponibles” en forma óptima y se centren en atender parámetros bien establecidos. Ello implica la necesidad de identificar y aplicar sin demora medidas apropiadas y eficaces en relación con los costos. Los Planes de Acción Nacionales para los Derechos Humanos así como la presupuestación basada en los derechos contribuirá al éxito de tales medidas. De forma similar, es importante asegurar la sostenibilidad de los fondos dedicados a la educación. Si los programas de educación se establecen de manera de lograr una mayor inclusión y luego se corta el presupuesto, los efectos adversos de la inclusión son evidentes.

39. Un problema especial en el contexto de promover y proteger el derecho general a la educación es, evidentemente, la necesidad de asegurar que el sistema educacional atienda las necesidades de educación especial de las personas con discapacidad. Como ya se señaló, una de las primeras respuestas fue proporcionar escuelas segregadas. Si bien eran positivas en ciertos aspectos (por ejemplo, al facilitar el contacto social con grupos de niños con necesidades similares, y logros académicos concretos) la educación segregada ha tendido a perpetuar la marginación y los estereotipos de las personas con discapacidad y a reducir su capacidad para participar eficazmente en la vida de la comunidad. Ahora se reconoce ampliamente que la inclusión de los estudiantes con discapacidad en las escuelas regulares confiere importantes ventajas psicológicas, y atiende mucho más las necesidades intelectuales y especialmente sociales y emocionales mediante una interacción regular y natural con un grupo diverso de estudiantes. El problema actual es cuál es la mejor forma de proporcionar oportunidades apropiadas para esos estudiantes dentro de las escuelas regulares. A estos efectos es necesario continuar las investigaciones.

²² UNESCO, (2003), *Overcoming exclusion through inclusive approaches in education*, Conceptual Paper, p. 15.

40. No obstante, la relación entre la educación especial y la educación inclusiva sigue siendo extraordinariamente compleja. Por ejemplo, es necesario que los estudiantes sordos aprendan el lenguaje de signos y que los ciegos estudien el Braille al comienzo de su educación²³. Ese aprendizaje puede tener lugar incluso en una escuela dedicada a la inclusión, separando, por ejemplo, al estudiante sordo de los que pueden oír. Por consiguiente, aquí la meta de inclusión podría desbaratarse. Otro problema, mencionado antes brevemente, surge cuando la “integración” se confunde con “inclusión”: cuando los estudiantes con discapacidad son ubicados simplemente en las escuelas regulares sin el apoyo adicional requerido para atender sus necesidades individuales. La “integración” de los estudiantes con discapacidad sin plena inclusión puede llevar al aislamiento del estudiante y, en último término, constituir un obstáculo para atender las necesidades educacionales de todos los estudiantes.

41. Una combinación de todo lo anterior lleva al Relator Especial a subrayar el hecho de que el paradigma de educación inclusiva no debe considerarse una solución única para todos. Es fundamental adoptar los principios de participación y no discriminación innovadores, centrados en el individuo y de aplicación flexible, que abordan todas las discapacidades y la variabilidad cultural. Ante todo, sin embargo, la educación inclusiva, cuando se considera la educación de los niños, debe tener en cuenta “el interés superior del niño”. Al hacerlo, el foco debe cambiar yendo de la discapacidad, enfoque típico del modelo médico, hacia las necesidades individuales de educación de todos los niños, aunque sean estudiantes con o sin discapacidad. Esas consideraciones deben tenerse plenamente en cuenta dentro del marco global de un sistema de educación general inclusivo. [...]

²³ Jokinen, Markku, „Meeting the best interests of the child through special education in the context of inclusive education and the identification of specific support services required by students with disabilities,„Speech to the expert meeting on the rights to education of persons with disabilities, OHCHR, Geneva, November 2006.

La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito de la salud materna y los deberes de los Estados para que las mujeres accedan a servicios de salud materna sin discriminación

Comisión interamericana de Derechos Humanos
Acceso a servicios de salud materna desde una
perspectiva de derechos humanos
OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69 , 7 junio 2010

[...] II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MATERNA Y BARRERAS EN EL ACCESO A ESTOS SERVICIOS

22. El artículo 5 de la Convención Americana consagra el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica, y moral. La CIDH ha establecido que el derecho a la integridad personal es un concepto de gran amplitud³⁷; la Corte Interamericana por su parte, ha reafirmado que el derecho a la integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana y no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna³⁸. La Corte Interamericana ha desarrollado el vínculo entre los derechos a la integridad personal y a la vida y el derecho a la salud, estableciendo que ambos se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana³⁹.

³⁷ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1 Doc. 18, 8 mayo 1990 Cap. IV, Derecho a la Integridad Personal, párr. 6. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/cap4.htm>.

³⁸ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 126. Ver en ese sentido, Corte I.D.H., *Caso de la Masacre*

23. El derecho a la integridad personal en el ámbito de la salud guarda una estrecha relación con el derecho a la salud dado que la provisión de servicios adecuados y oportunos de salud materna es una de las medidas principales para garantizar el derecho a la integridad personal de las mujeres. El artículo 10 del Protocolo de San Salvador expresa que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, el artículo 3 del Protocolo de San Salvador establece que los Estados se comprometen a garantizar los derechos enunciados en dicho instrumento sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

24. Para la Corte Interamericana, la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados⁴⁰. Por ello ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal⁴¹, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado⁴².

25. El derecho a la salud se encuentra consagrado en diferentes constituciones de la región. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado los elementos del derecho a la integridad personal – física, psíquica y moral estableciendo que, “la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal, y

de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119; y Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 157.

³⁹ Corte I.D.H., *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117.

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121.

⁴² Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal – por acción o por omisión – vulneran ese derecho fundamental⁷⁴³.

26. La Comisión considera que el derecho a la integridad personal implica la obligación de los Estados de respetar y garantizar que nadie sea objeto de agresiones o lesiones físicas y/o mentales. Asimismo, la protección del derecho a la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna, implica la obligación de los Estados de garantizar por disposiciones legislativas o de otro carácter, que las mujeres disfruten del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin discriminación⁴⁴. Para ello, si bien la Comisión ha señalado que los Estados deben acreditar la adopción de medidas razonablemente a su alcance y expeditas para ofrecer el tratamiento médico requerido a las personas que lo necesitan,⁴⁵ la igualdad de trato entre las mujeres y los hombres es una obligación inmediata.

27. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité DESC”), en su Observación General 14, determinó cuatro características del derecho a la salud que se encuentran interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad⁴⁶.

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C – 355 – 06, 10 de mayo de 2006.

⁴⁴ Véase artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁵ CIDH, Informe 27/09, Caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y Otros* (El Salvador), 20 de marzo de 2009, párr. 108.

⁴⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14, El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>.

28. Específicamente con respecto a la accesibilidad de los servicios de salud, el Comité estableció que la misma presenta cuatro dimensiones que se superponen⁴⁷: 1) la dimensión de la no discriminación que implica el acceso en condiciones de equidad a los servicios de salud de hecho y de derecho; 2) la accesibilidad física que comprende que los servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población. La accesibilidad física también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica adecuada, incluso en lo que se refiere a zonas rurales. 3) La accesibilidad económica (asequibilidad), comprende que los servicios deben estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de salud y servicios relacionados son factores determinantes de la salud que deben basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios estén al alcance de todos. Asimismo, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que refiere a gastos en salud, en comparación con los hogares más ricos, y 4) la dimensión del acceso a la información, que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas de las cuestiones relacionadas con la salud.

Barreras en el Acceso a Servicios de Salud Materna

29. Con respecto a la accesibilidad de los servicios de salud materna, la CIDH observa que existen diversas barreras que limitan a las mujeres el acceso a estos servicios. Estas barreras están relacionadas con factores estructurales de los servicios de salud *per se*⁴⁸; y leyes y políticas que regulan los servicios. Asimismo ciertas prácticas, actitudes y estereotipos, tanto al interior de la familia y la comunidad

⁴⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14, El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000; Rebecca Cook, Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, Oxford. pág. 179.

⁴⁸ Organización Panamericana de la Salud, *Evaluating the Impact of Health Reforms on Gender Equity – a PAHO Guide*, Draft 2, 23.4.001, pág. 11.

así como del personal que trabaja en los establecimientos de salud pueden operar como barreras para las mujeres en el acceso a estos servicios. Es muy importante tener en cuenta, en este sentido, que las mujeres han sido sujetas a varias formas de discriminación históricamente, y la obligación de remediar dicha discriminación requiere la integración de la perspectiva de género en el diseño e implementación de las leyes y las políticas públicas que les afecten.

30. En cuanto a los factores estructurales, la CIDH ha recibido información que indica que una de las barreras principales que las mujeres enfrentan en el acceso a servicios de salud materna son los gastos relacionados con la atención del servicio⁴⁹. El pago del servicio se convierte en un determinante para decidir si acudir o no a los servicios de salud frente a algún síntoma de riesgo durante el embarazo y/o parto, situación que afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres reflejándose con ello la falta de apoyo estatal para las personas con escasos recursos. Así, la falta de priorización de recursos refleja la ausencia en muchos casos de perspectiva de género en las políticas públicas sobre el acceso a servicios de salud materna fundamentales.

31. Asimismo, los horarios de atención⁵⁰, la falta de equipamiento, suministros médicos o medicamentos adecuados para atender las emergencias requeridas durante el embarazo, parto y/o periodo posterior al parto, así como personal médico capacitado al interior de los servicios para responder a estas emergencias, particularmente la atención de emergencias obstétricas, constituyen barreras en el acceso a servicios de salud materna que las mujeres requieren⁵¹.

⁴⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 21. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom24>.

⁵⁰ Organización Panamericana de la Salud, *Evaluating the Impact of Health Reforms on Gender Equity – a PAHO Guide*, Draft 2, 23.4.001, pág. 11.

⁵¹ Physicians for Human Rights, *Demoras Fatales, Mortalidad Materna en el Perú, Un enfoque desde los derechos humanos para una maternidad segura*, 2007. Disponible en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-11-28.html>.

32. Otros factores estructurales que enfrentan las mujeres, particularmente quienes habitan en zonas rurales, es la lejanía de los servicios de salud. La distancia que haya que recorrer para acudir a un centro de salud, así como las características del camino y costo de transporte, pueden ser determinantes en la decisión de buscar atención médica⁵². Asimismo, la falta de transporte, como por ejemplo para que una mujer embarazada pueda acudir por alguna emergencia al establecimiento de salud, constituye otra barrera en el acceso. En consecuencia, la distribución y ubicación general de los establecimientos de salud, así como el transporte, pueden constituir una forma de discriminación contra las mujeres que habitan en zonas rurales y/ zonas alejadas en lo que atañe a la accesibilidad de los servicios⁵³.

33. Además de la accesibilidad física y económica de los servicios de salud que resulten económica y geográficamente alcanzables, es importante que las mujeres, sus familias y comunidades conozcan los servicios de salud, así como que puedan ser capaces de identificar señales de advertencia que requieran de atención médica⁵⁴. En consecuencia, la falta de información en materia reproductiva opera como otra barrera en el acceso a los servicios de salud materna debido a que impide a las mujeres adoptar decisiones libres y fundamentadas sobre su salud, y como consecuencia de ello

⁵² Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, *El Derecho a la Salud y los objetivos de desarrollo del Milenio*, Cap. V, pág. 154. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/capitulo5.pdf>; Physicians for Human Rights, *Demoras Fatales, Mortalidad Materna en el Perú, Un enfoque desde los derechos humanos para una maternidad segura*, 2007, pág. 9. Disponible en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-11-28.html>.

⁵³ Physicians for Human Rights, *Demoras Fatales, Mortalidad Materna en el Perú, Un enfoque desde los derechos humanos para una maternidad segura*, 2007, pág. 57. Disponible en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-11-28.html>.

⁵⁴ Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, *El Derecho a la Salud y los objetivos de desarrollo del Milenio*, Cap. V, pág. 154. Disponible en Internet: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/capitulo5.pdf>; Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 20.

la falta de comportamientos adecuados para la prevención y promoción de su salud y la de sus hijos. Sobre este punto, el Comité DESC, en su Observación General 14 determinó que “la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de cuestiones relacionadas con la salud”⁵⁵.

34. Asimismo, la CIDH observa la existencia de factores culturales que pueden operar como barreras en el acceso a los servicios de salud materna, como por ejemplo, los servicios de salud que son ofrecidos sin tomar en consideración las expectativas, tradiciones y creencias de las mujeres indígenas y/o afrodescendientes. Igualmente, la CIDH ha recibido información que indica que las mujeres, particularmente las mujeres pobres y en situación de exclusión, no acuden a los servicios de salud por falta de tiempo o por estar sobrecargadas de trabajo ya que las tareas del cuidado recaen exclusivamente en ellas. Consecuentemente, las mujeres postergan el cuidado de salud y arriesgan con ello sus vidas.

35. Además, la Comisión considera que la percepción de la calidad del servicio puede influir en la decisión de las mujeres de acudir por asistencia médica. En adición, la insensibilidad cultural o trato irrespetuoso percibido en el personal médico, puede hacer que las mujeres y sus familias desistan de buscar ayuda⁵⁶. Así, la falta de intérpretes en zonas donde hayan comunidades que hablen en otras lenguas, puede constituir una barrera para que las mujeres accedan a los servicios.

36. Igualmente, actitudes como la indiferencia, el maltrato y la discriminación por parte de funcionarios del sector salud que perjudican a las mujeres y niñas víctimas de violencia y/o abusos sexuales, así como la falta de servicios apropiados de salud reproductiva para abordar estas situaciones de violencia, constituyen barreras en el acceso a los servicios de salud.

⁵⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 12 iv).

⁵⁶ Physicians for Human Rights, *Demoras Fatales, Mortalidad Materna en el Perú, Un enfoque desde los derechos humanos para una maternidad segura*, 2007. Disponible en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-11-28.html>.

37. Con respecto a las leyes y políticas que pueden constituir barreras en el acceso a servicios de salud materna, destaca la falta de implementación de las leyes, políticas, programas y prácticas que benefician la salud de las mujeres en el ámbito de la salud materna así como la ausencia de normativa como protocolos para regular la atención médica en este ámbito⁵⁷. Así, la negativa por parte del personal médico de proporcionar servicios en condiciones legales no sólo constituye una barrera en el acceso sino que además resulta discriminatoria⁵⁸.

38. Otro factor estructural que opera como barrera para las mujeres en su acceso a servicios de salud materna, son los estereotipos de género persistentes en el sector salud. Así, las leyes, políticas o prácticas que exigen a las mujeres la autorización de terceras personas para obtener atención médica, y que permiten formas de coerción tales como la esterilización de la mujer sin consentimiento, perpetúan estereotipos que consideran a las mujeres vulnerables e incapaces de tomar decisiones autónomas sobre su salud. En efecto, situaciones en las que a las mujeres les nieguen la atención médica por su condición de mujer, su estado civil o su nivel de educación⁵⁹, constituyen formas de discriminación en el acceso a estos servicios⁶⁰. Igualmente, las políticas, prácticas y estereotipos de género que no respetan el derecho de las mujeres a la confidencialidad, pueden constituir barreras en el acceso a los servicios de salud materna, particularmente en las adolescentes⁶¹.

⁵⁷ Rebecca Cook, Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, Oxford. pág. 213. Asimismo, a este respecto véase la sentencia del Comité de Derechos Humanos, *K. LL. v Perú*, CCPR/C/85/D/1153/2003, 17 de noviembre de 2005.

⁵⁸ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 11.

⁵⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 14; R.J Cook, C.G. Ngwena, *Women's Access to Health Care: The Legal Framework*. International Journal of Gynecology and Obstetrics (2006) 94, 216—225.

⁶⁰ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 22.

⁶¹ Sobre el particular, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de respetar las responsabilidades,

39. Bajo el sistema interamericano, las barreras en el acceso a servicios de salud materna se pueden traducir en la afectación al derecho a la integridad física, psíquica, y moral de las mujeres. Si bien se tendrá que analizar cada situación particular, la CIDH considera que en los casos en que se practican intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos a las mujeres sin su consentimiento o que ponen en riesgo físico su salud, tales como la esterilización forzada, pueden constituir una violación al derecho a la integridad personal. Asimismo constituirían una violación al derecho a la integridad personal los casos en los que se atente contra la dignidad de las mujeres, como la denegación de atención médica relacionada con el ámbito reproductivo que ocasiona un daño a su salud, o que le causa un estrés emocional considerable. En todos estos casos, las disposiciones contenidas en la Convención de Belém do Pará⁶², como instrumento específico de protección especial a los derechos humanos de las mujeres, deberán ser utilizadas para precisar las

los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de las personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño/a ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Asimismo, el artículo 12 del mismo instrumento internacional establece la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El artículo 24 de dicho instrumento internacional establece que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y que los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

⁶² La Convención de Belém do Pará fue ratificada por los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de). ⁶³ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc.17, 13 octubre 1998.

obligaciones derivadas del artículo 5 de la Convención Americana y de los artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

40. Aunque el derecho a la integridad personal particularmente en la esfera de la salud materna no es un tema que haya sido trabajado a profundidad por la CIDH, la Comisión ha recibido información diversa, en sus visitas *in loco*, así como bajo el sistema de casos, que ejemplifica algunas de las barreras que las mujeres enfrentan en el acceso a servicios de salud materna y que pueden afectar su derecho a la integridad personal. En su informe regional sobre la situación de las mujeres en las Américas del 1997, la CIDH destacó que de manera general la atención de la salud integral de la mujer depende de dos factores: 1) la organización y estructura de servicios adecuados y 2) del conocimiento que las mujeres tengan de las leyes que protegen este derecho y que regulan los servicios de atención médica⁶³.

41. En su informe, la CIDH señaló que la salud reproductiva de las mujeres debe ocupar un lugar de importancia en las iniciativas legislativas y los programas de salud a nivel nacional y local. La CIDH también manifestó su preocupación sobre serias dificultades que enfrentan las mujeres en el sector público de salud, en general debido a la falta de recursos, la ausencia de normativa sobre salud reproductiva, la precariedad de las condiciones de prestación de los servicios y la carencia de profesionales y materiales indispensables. En el informe se hizo referencia a los altos índices de mortalidad materna en la región y los obstáculos que enfrentan las mujeres para recibir los servicios de salud adecuados durante el embarazo y después del parto. La Comisión, según las respuestas enviadas por los Estados sobre salud y salud reproductiva, pudo constatar profundas falencias de datos estadísticos, en general por falta de recursos e infraestructura apropiada. La Comisión pudo comprobar

⁶⁴ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9 de marzo de 2001, véase Capítulo VIII, Derechos de la Mujer. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>.

problemas graves de acceso a información básica, atención médica y social adecuados. La CIDH recomendó a los Estados adoptar medidas para tener la información estadística y los recursos necesarios con el fin de adoptar planes y programas que permitan a las mujeres el ejercicio pleno del derecho a la salud.

42. En sus visitas *in loco*, la CIDH ha verificado la situación de la salud materna en algunos países y presentado recomendaciones a los Estados para abordar algunos de los problemas más relevantes vinculadas con la protección al derecho a la integridad personal. Por ejemplo, la Comisión se ha referido a la grave situación de mortalidad materna en la región, y cómo la misma refleja el nivel de pobreza y exclusión de las mujeres⁶⁴. También se ha referido al aborto como un problema muy serio para las mujeres, no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad⁶⁵.

43. La CIDH ha indicado la necesidad de impulsar políticas que propongan medidas específicas de prevención y atención de la salud materna y ha recomendado poner a disposición de las mujeres, en especial las mujeres pobres e indígenas, servicios adecuados de salud, así como programas de información y asistencia en salud reproductiva⁶⁶. En esta línea también ha recomendado la implementación de medidas y campañas de difusión destinadas al público en general sobre el deber de respetar los derechos de las mujeres en materia civil, política, económica, social, cultural, sexual y reproductiva⁶⁷.

⁶⁵ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, véase Capítulo XII, Derechos de la Mujer, párr. 49. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>.

⁶⁶ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52, 9 de marzo de 2001, véase Capítulo VIII, Derechos de la Mujer. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>.

⁶⁷ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007, véase capítulo V, Derechos de las Mujeres. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>.

44. Además, la Comisión ha destacado el problema de la discriminación contra las mujeres y su manifestación en distintas formas, siendo una de ellas la esfera de la salud reproductiva. Específicamente, la CIDH enfatizó su preocupación sobre casos de esterilización forzada en Perú. La Comisión sostuvo que “cuando un programa de planificación familiar pierde su carácter voluntario y convierte a la mujer simplemente en un objeto de control para ajustar el crecimiento demográfico, el programa pierde su razón de ser y se transforma en un peligro de violencia y discriminación directa contra la mujer”⁶⁸. La Comisión consideró que una campaña de divulgación de métodos de planificación familiar es una acción positiva, siempre que se refiera a una planificación familiar que tenga un carácter voluntario. Entre sus recomendaciones para abordar esta forma de discriminación y violencia contra las mujeres, la CIDH estableció la adopción de medidas tendientes a respetar los derechos de las mujeres en los servicios públicos de salud, tales como: capacitar en derechos humanos a los proveedores de salud, desarrollar mecanismos para erradicar el encubrimiento de delitos en los establecimientos de salud y establecer en los hospitales y centros de salud oficinas de quejas, entre otras.

45. Además, la Comisión resaltó la importancia de una debida investigación con el fin de establecer las responsabilidades y sanciones correspondientes. Sin embargo, la Comisión no ha recibido información durante los años posteriores sobre resultados concretos. Al contrario, muy recientemente la Comisión recibió información que indica que la Fiscalía Provincial Especializada en Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2009, archivó 2,074 denuncias acumuladas de mujeres víctimas de esterilizaciones forzadas durante la vigencia del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar en el periodo 1996-2000. La Fiscalía decidió archivar las denuncias en aplicación

⁶⁸ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev, 2 de junio de 2000, véase Capítulo VII, Los Derechos de la Mujer. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/indice.htm>.

de la prescripción de la acción penal, concluyendo que sí existen pruebas e indicios sobre la comisión de delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, pero por haber transcurrido alrededor de trece años, dichos tipos penales ya habrían prescrito, por lo que archivó el caso definitivamente⁶⁹.

46. La CIDH desea recordar que el Estado mismo había reconocido ya en el 2002 que la política en cuestión había violado los derechos de muchas personas, y la Fiscalía por su parte reconoce la existencia de pruebas. No obstante dicho reconocimiento, las autoridades competentes, según lo informado, no han impulsado las investigaciones hasta las conclusiones y consecuencias necesarias. Cabe observar en términos generales que la responsabilidad internacional del Estado continúa en el tiempo hasta que se hayan cumplido con las obligaciones del derecho internacional.

47. La CIDH también ha manifestado su preocupación por el limitado acceso a servicios de planificación familiar en los países a pesar de que en algunos casos existe una alta necesidad insatisfecha de dichos servicios.⁷⁰ La Comisión se ha pronunciado sobre cómo las limitaciones persistentes sobre la información de los servicios de planificación familiar están relacionadas con las limitaciones en el acceso a la atención en salud y la educación públicas. Sobre este punto, la Comisión ha efectuado recomendaciones apuntando a la adopción de medidas para proporcionar servicios integrales de salud, incluyendo servicios modernos de planificación familiar, con el fin de proteger el derecho de la mujer a la integridad personal y el derecho de las parejas de determinar el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos⁷¹.

⁶⁹ Frente a dicha decisión se presentó un recurso de queja el 29 de mayo de 2009. En diciembre de 2009, la Fiscalía Superior de Derechos Humanos archivó definitivamente la denuncia.

⁷⁰ CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev, 6 de abril de 2001, véase Capítulo XIII, Los Derechos de la Mujer. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/indice.htm>.

⁷¹ CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev, 6 de abril de 2001, véase Capítulo XIII, Los Derechos de la Mujer. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/>

48. Bajo el sistema de casos, mediante acuerdos de solución amistosa se han resuelto casos relacionados con la salud materna. Un ejemplo importante es el caso de *María Mamérita Mestanza* de Perú, en donde las organizaciones peticionarias alegaron que la Sra. María Mamérita (de 33 años de edad) fue forzada en un establecimiento de salud público a someterse a una esterilización quirúrgica que resultó en su muerte⁷². La Sra. Mestanza fue alegadamente objeto de acoso y amenazas por personal de salud de que sería denunciada a la policía si no se sometía a la operación. Como consecuencia, la Sra. Mestanza se sometió a la operación, fue dada de alta a pesar de quejas de dolor y malestar, y murió nueve días después de la operación. Las peticionarias alegaron que el caso de la Sra. María Mamérita Mestanza representaba uno más entre un número significativo de casos de mujeres afectadas por la aplicación de una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático que enfatizaba la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de las mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales.

49. Mediante acuerdo de solución amistosa firmado entre las partes en el 2003, el Estado de Perú reconoció su responsabilidad por violar los derechos de la víctima a la vida, a la integridad física y psicológica y a un trato inhumano, a la igualdad de protección ante la ley, y a vivir libre de violencia⁷³. El Estado se comprometió a indemnizar económicamente a la familia de la víctima, a sancionar a los responsables de las violaciones y a modificar las normas y políticas nacionales en materia de planificación familiar de acuerdo a los estándares internacionales en la materia⁷⁴. El Estado igualmen-

Guatemala01sp/indice.htm; CIDH, *Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003, véase Capítulo V, Los Derechos de la Mujer. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/indice.htm>.

⁷² CIDH, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez* (Perú), 3 de octubre de 2003.

⁷³ CIDH, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez* (Perú), 3 de octubre de 2003.

⁷⁴ CIDH, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez* (Perú), 3 de octubre de 2003.

te se comprometió a adoptar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo para proteger la integridad personal de las mujeres, que incluyen: mejorar la evaluación pre-operatoria de mujeres que se someten a una intervención de anticoncepción quirúrgica; otorgar un mejor entrenamiento al personal médico; crear mecanismos para la recepción y el trámite eficiente de denuncias dentro del sistema de salud e implementar medidas con el fin de garantizar que las mujeres puedan ofrecer un consentimiento informado dentro de un plazo de 72 horas previas a la esterilización. La CIDH viene acompañando el cumplimiento del acuerdo.

50. Otro caso importante ante la CIDH en la esfera de la salud materna que fue resuelto mediante un acuerdo de solución amistosa es el caso de *Paulina Ramírez Jacinto* de México⁷⁵. Los peticionarios alegaban que Paulina Ramírez, de 13 años, víctima de violencia sexual, fue impedida en su derecho de efectuar un aborto permitido por ley al ser víctima ella y su madre de intimidación y retrasos por parte de agentes del Estado. En el 2007, las partes ratificaron un acuerdo de solución amistosa que comprende un reconocimiento público de responsabilidad de parte del gobierno de Baja California y un conjunto de medidas de reparación para la víctima y su hijo, incluyendo gastos judiciales por el trámite del caso, gastos médicos derivados de los hechos y servicios de salud, apoyo financiero para manutención, vivienda, educación y desarrollo profesional, atención psicológica, y reparación por daño moral. En la publicación del informe, la CIDH destacó que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH también observó que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados. La CIDH viene siguiendo el cumplimiento del acuerdo.

⁷⁵ CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto* (México), 9 de marzo de 2007.

51. Por otro lado, el 7 de marzo de 2007, la CIDH recibió una petición en la que se alega la responsabilidad internacional del Estado de Bolivia por la presunta práctica de una esterilización forzada a una mujer en un establecimiento de salud público. El peticionario sostiene que en el 2000, la Sra. I.V. fue sometida a un procedimiento quirúrgico de ligadura de trompas sin su consentimiento informado, y por tanto, a una esterilización no consentida, perdiendo su función reproductiva en forma permanente. El Estado por su parte, indica que al practicarse una cesárea a la presunta víctima, se presentaron múltiples adherencias, razón por la cual el médico que la atendió le informó sobre el riesgo que correría su vida en un próximo embarazo, motivo por el que le sugirió la realización de una ligadura de trompas que alegan ella consintió verbalmente. Dicho caso fue admitido el 23 de julio de 2008 por presuntas violaciones a los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 8.1 (garantías judiciales), 11.2 (protección de la honra y de la dignidad), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 17 (protección a la familia) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana y actualmente se encuentra en etapa de fondo⁷⁶.

52. Un denominador común de estos tres casos radica en que se afirmaba que las mujeres se encontraban en situación de exclusión y pobreza.

III. DEBERES DE LOS ESTADOS PARA QUE LAS MUJERES ACCEDAN A SERVICIOS DE SALUD MATERNA SIN DISCRIMINACIÓN

A. Los principios de igualdad y no discriminación

53. La Comisión ha recibido información que indica que miles de mujeres en las Américas ven afectado su derecho a la integridad personal en el acceso a servicios de salud que sólo ellas requieren, generándose desigualdades entre hombres y mujeres con respecto al disfrute de este derecho. Estas desigualdades se manifiestan en la

⁷⁶ CIDH, Informe No. 40/08, Admisibilidad, I.V. (Bolivia), 23 de julio de 2008.

falta de provisión de servicios adecuados para atender sus necesidades biológicas específicas relacionadas con su función reproductora así como en patrones socioculturales discriminatorios que causan situaciones de riesgo para la salud de las mujeres (ej. una mujer campesina embarazada que busca atención médica por alguna dolencia y en el establecimiento de salud no la quieren atender porque requieren la autorización del esposo para hacerlo).

54. La información recibida permite vislumbrar asimismo, que algunos grupos de mujeres, particularmente las mujeres pobres, que habitan en zonas rurales, las mujeres indígenas y/o afrodescendientes y las adolescentes, son los grupos quienes más a menudo ven vulnerado este derecho en el acceso a dichos servicios. (ej. El caso de una mujer indígena que busca atención médica y es maltratada en el establecimiento de salud por no hablar español). Esta situación genera desigualdades entre las propias mujeres en cuanto al disfrute de sus derechos que pueden constituir violaciones a los principios de igualdad y no discriminación que permean el sistema interamericano.

55. La Declaración Americana en su artículo II dispone que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. La Convención Americana en su artículo 1 establece que cada uno de los Estados partes se comprometen a “respetar los derechos y libertades” consagrados en ella y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, [...] origen nacional o social, posición económica [...] o cualquier otra condición social”⁷⁷.

56. La Convención Americana provee que cuando un derecho reconocido no esté garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, el Estado parte se compromete a adoptar las medidas

⁷⁷ Los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal proclaman que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que, por lo tanto, cualquier persona puede invocar todos los derechos y libertades consignados en la Declaración “sin distinción alguna”, incluido el sexo.

necesarias para hacerlo efectivo⁷⁸. La Convención Americana específicamente en su artículo 24 consagra la protección al derecho a la igual protección de la ley y ante la ley.

57. La Corte Interamericana ha señalado que la “noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”⁷⁹. Según la Corte Interamericana, el derecho a la igualdad ante la ley “prohíbe todo trato discriminatorio de origen legal”⁸⁰ y para alcanzar dicho objetivo, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección a la ley⁸¹. Esta afirmación se complementa con lo que la Corte Interamericana sostuvo en el caso *Yean y Bosico*: “los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.”⁸² Ello comprende el deber de los Estados de no sólo abstenerse de incluir en sus legislaciones, normas y políticas discriminatorias que afecten la igualdad de las mujeres, sino que dichas normas y políticas deben ser erradicadas. Igualmente comprende el papel activo de los Estados en garantizar que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos humanos libres de toda forma de discriminación⁸³.

⁷⁸ Véase artículo 2 de la Convención Americana.

⁷⁹ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

⁸⁰ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

⁸¹ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

⁸² Véase Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

⁸³ Véase Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141; *Caso Yatama*, *supra* nota 109, párr. 185, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88.

58. Ahora bien, la CIDH ha señalado que las normas, prácticas y políticas que a primera vista parecen neutrales pero que, sin embargo, producen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en su aplicación, son manifestaciones de discriminación en función a que ocultan el impacto prejudicial que éstas tienen sobre grupos en situación de vulnerabilidad⁸⁴. En este sentido, la CIDH ha establecido que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado⁸⁵. Al respecto, el Comité DESC ha definido a la discriminación indirecta como “leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto (refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) afectados por los motivos prohibidos de discriminación”.

59. El sistema universal de protección a los derechos humanos, en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que, por lo tanto, cualquier persona puede invocar todos los derechos y libertades consignados en la Declaración “sin distinción alguna”, incluido el sexo⁸⁶. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “la CEDAW”), definió el término “discriminación contra la mujer” como⁸⁷:

⁸⁴ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 89.

⁸⁵ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 90. Asimismo, véase Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

⁸⁶ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998, cap. IV.

⁸⁷ La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue ratificada por los siguientes Estados americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica,

toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

60. Esta definición cubre toda diferencia de tratamiento por razón de sexo⁸⁸:

- de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja;
- impida el reconocimiento, por toda la sociedad, de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; o
- impida que la mujer ejerza sus derechos.

61. Dicha definición, que incorpora la perspectiva de género, es muy importante en materia de salud, en la cual las necesidades específicas de las mujeres, en especial en materia reproductiva, muchas veces no han recibido atención adecuada o diferenciada.

62. La CEDAW también incluye la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las mujeres basada en el género. En su artículo 5(a) la CEDAW establece la obligación de los Estados de “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

63. Asimismo, el artículo 2 de la CEDAW requiere que los Estados partes adopten e implementen “por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discrimi-

Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guinea, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de). Estados Unidos de América firmó la Convención pero no la ha ratificado.

⁸⁸ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998.

minación contra la mujer”, que incluye el deber de “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”, así como el deber de adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, “para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

64. Bajo los instrumentos internacionales de protección regional y universal de derechos humanos, todas las mujeres tienen derecho sin discriminación a ser tratadas con el mismo respeto, dignidad y responsabilidad que los hombres. La CIDH ha sostenido anteriormente que si bien la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho⁸⁹. Es decir, el compromiso con la igualdad no debe limitarse al logro de la igualdad legal, sino que también debe abarcar todas las instituciones sociales, tales como la familia, el mercado y las instituciones políticas⁹⁰. Así, la igualdad de las mujeres debe ser examinada también a la luz de las circunstancias en que viven, incluyendo la familia, la comunidad y el contexto cultural.

65. Algunos instrumentos internacionales hacen referencia expresa a la discriminación y a la desigualdad que enfrentan las mujeres con respecto a la salud materna⁹¹. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante

⁸⁹ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998, cap. IV.

⁹⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 97.

⁹¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

un período de tiempo razonable antes y después del parto sin discriminación alguna⁹². En el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador consagra expresamente la obligación de los Estados de brindar adecuada protección a las mujeres en especial para conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto sin discriminación alguna⁹³.

66. Sobre la discriminación y desigualdad que enfrentan las mujeres, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante “Comité de la CEDAW”) ha sostenido que:

La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente⁹⁴.

67. Según el Comité de la CEDAW, no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre⁹⁵. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias⁹⁶.

⁹² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

⁹³ Artículo 15 del Protocolo de San Salvador y artículo 3 del mismo instrumento.

⁹⁴ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 25, referente a medidas especiales de carácter temporal*, párr. 10.

⁹⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 25, referente a medidas especiales de carácter temporal*, párr. 8.

⁹⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 25, referente a medidas especiales de carácter temporal*, párr. 8.

68. Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido que no todo tratamiento diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana⁹⁷. La Corte Interamericana, basándose en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable⁹⁸. La Corte Interamericana indicó que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico sin que tales situaciones contraríen la justicia, por el contrario, algunas veces pueden ser necesarias para alcanzar la justicia⁹⁹, como por ejemplo a través de la aplicación de medidas especiales. En otras palabras, se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento¹⁰⁰. Según la Corte Interamericana:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

69. El Comité de la CEDAW hace referencia a que las mujeres dispongan de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados. La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de ca-

⁹⁷ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

⁹⁸ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56, citando Corte E.D.H., *Belgian Linguistic Case*, Sentencia del 23 de julio de 1968, Ser. A No. 6, párr. 34.

⁹⁹ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56, citando la sentencia de la Corte Europea, sentencia de 23 de julio de 1968, pág. 56.

¹⁰⁰ CIDH, Informe de Fondo, No, 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36.

rácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutaban de derechos en proporciones casi iguales que los hombres¹⁰¹.

70. Al respecto, la CIDH, en su informe sobre *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas* resaltó que el sistema interamericano avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho¹⁰².

71. Más aún, la Corte Interamericana ha sostenido que los deberes de los Estados de adoptar medidas de prevención y protección “[...] se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”¹⁰³. Ello implica que los Estados tienen una obligación de adoptar medidas de prevención y protección contra los posibles riesgos para la integridad que las mujeres enfrentan por falta de los cuidados y servicios médicos adecuados. Siguiendo a la Corte Constitucional Colombiana, la CIDH ha establecido que la igualdad se protege cuando la legislación y las políticas públicas toman en consideración las específicas circunstancias y características de aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja social, política, económica o legal¹⁰⁴. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha establecido

¹⁰¹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 25, referente a medidas especiales de carácter temporal*, párr. 9.

¹⁰² CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 99.

¹⁰³ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123.

¹⁰⁴ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 96.

que las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra las mujeres no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer¹⁰⁵.

El vínculo entre la discriminación y la violencia

72. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) reconoce la vinculación crucial entre el derecho de ser libre de discriminación y el reconocimiento de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho de ser libre de la violencia basada en el género¹⁰⁶.

73. La CIDH ha señalado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente que las mujeres puedan disfrutar de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres¹⁰⁷. La Convención de Belém do Pará, en el artículo 6, establece que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye, *inter alia*:

El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

74. La violencia tiene un impacto directo en las mujeres en su disfrute del derecho a la integridad personal. Muchas mujeres sufren formas de violencia durante el embarazo que pueden ocasionar una afectación a su integridad física, como por ejemplo la esterilidad, y que pueden llegar en algunos casos a vulnerar su derecho a la vida. Sobre el particular, el artículo 9 de la Convención de

¹⁰⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*.

¹⁰⁶ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer.

¹⁰⁷ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 65.

Belém do Pará establece que los Estados deben tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer embarazada.

75. En el ámbito de acceso a servicios de salud materna, las prácticas de atención en los servicios, como la negativa de brindar atención médica a las mujeres cuando la requieren sin el consentimiento de la pareja o la esterilización realizada por personal de salud sin el consentimiento informado de la mujer, así como las consecuencias físicas y psicológicas de dicha intervención, son ejemplos de formas de violencia contra la mujer. La CIDH ha subrayado también las obligaciones positivas de los Estados en materia de acceso a servicios de salud y su relación con la violencia, al establecer que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados¹⁰⁸, que incluye los servicios de salud materna.

76. La CIDH considera asimismo que la falta de medidas positivas para garantizar tanto la accesibilidad a los servicios de salud materna, así como para garantizar todas las características del derecho a la salud como la disponibilidad, aceptabilidad y calidad, pueden constituir una violación de las obligaciones derivadas del principio de igualdad y no discriminación que permean el sistema interamericano.

77. El inciso E del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres. Debido a la relación evidente que existe entre discriminación y violencia, este precepto debe interpretarse en el sentido de imponer a los Estados el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de

¹⁰⁸ CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto* (México), 9 de marzo de 2007.

las mujeres (por ejemplo normas que prohíban la distribución y venta de todos los métodos de planificación familiar que utilizan las mujeres).

B. Deberes de los Estados para que las mujeres accedan a los servicios de salud materna sin discriminación

78. La CIDH valora que los Estados americanos no sólo han reconocido a la mortalidad materna como un problema, sino que han emprendido esfuerzos para mejorar dicha situación. Según la Organización Panamericana de la Salud, un estudio realizado en el 2004 a partir de una encuesta administrada a responsables de la toma de decisiones de 16 países de América Latina y el Caribe, indicó que las estrategias para ampliar la cobertura y el acceso a los servicios de atención primaria constituyen uno de los elementos más comunes en las políticas de reforma de los sistemas de salud en la Región¹⁰⁹. Estas estrategias incluyen incrementar la cantidad de centros de atención primaria y orientar la prestación de un conjunto de servicios básicos a poblaciones con limitaciones de acceso, a grupos vulnerables, como niños, madres, o poblaciones indígenas en países como Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua y Panamá, entre otros¹¹⁰.

79. Asimismo, la mayoría de los países de la región vienen apoyando políticas o normas que enfatizan la importancia de la maternidad sin riesgo y la meta de reducir la mortalidad materna en 50% para el año 2015. Incluso, algunos países como Bolivia, Ecuador y Perú han implementado un seguro de salud de cobertura universal para la atención de las mujeres embarazadas.

80. No obstante los esfuerzos de los Estados, en la región aún persisten grandes desafíos en relación con los servicios de salud, que comprenden los servicios de salud materna. El acceso a la

¹⁰⁹ Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 367. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

¹¹⁰ Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 367. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

asistencia sanitaria no es universal y en muchos casos es prácticamente inexistente para los grupos sociales que más la necesitan¹¹¹. La oferta de servicios de salud no siempre refleja las expectativas, valores sociales y preferencias culturales de sus poblaciones¹¹². En muchos casos, la entrega de servicios es inefectiva y de baja calidad técnica¹¹³. De igual manera, los recursos disponibles no siempre se utilizan adecuadamente, lo que a su vez genera ineficiencias en los servicios y contribuye a incrementar el costo de la salud. En algunos casos, el financiamiento de los servicios es insuficiente e insostenible¹¹⁴.

81. En el sistema interamericano, la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador consagran expresamente la obligación de los Estados de brindar adecuada protección a las mujeres en especial para conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto¹¹⁵. El Protocolo de San Salvador específicamente establece la obligación de los Estados de adoptar hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo a fin de lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud, las siguientes medidas para garantizar el derecho a la salud y que aplican a la salud materna: la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del

¹¹¹ Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 360. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

¹¹² Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 360. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

¹¹³ Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 360. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

¹¹⁴ Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007, Volumen I – Regional*, Publicación Científica y Técnica No. 622, 2007, pág. 360. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap4.html>.

¹¹⁵ Artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

82. El Protocolo de San Salvador hace referencia a la satisfacción del derecho a la salud en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria de Salud (APS) y el desarrollo progresivo de un sistema con cobertura para toda la población del país. A su vez, otorga especial atención a los grupos vulnerables o en situación de pobreza¹¹⁶.

83. La CIDH desea resaltar que, como los mismos Estados han reconocido al acordar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y/o el Programa de Acción de El Cairo, los altos índices de mortalidad materna reflejan en parte importante la discriminación histórica contra las mujeres, y la insuficiencia de las medidas aplicadas para remediarla. Como la prohibición de la discriminación es un principio rector del sistema regional, corresponde en este sentido que los Estados redoblen sus esfuerzos para adoptar medidas y asignar los recursos necesarios para eliminar las diferentes formas de discriminación contra las mujeres que todavía inciden en los riesgos y daños prevenibles que enfrentan en el campo de la salud materna.

84. Siguiendo los estándares internacionales sobre la protección de la salud materna y la propia jurisprudencia del sistema interamericano, la CIDH observa que el deber de los Estados de garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el acceso a servicios de salud materna en condiciones de igualdad, implica la priorización de recursos para atender las necesidades particulares de las mujeres en cuanto al embarazo, parto

¹¹⁶ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14 rev. 1, 19 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>.

y periodo posterior al parto, particularmente en la implementación de intervenciones claves que contribuyan a garantizar la salud materna, como la atención de las emergencias obstétricas¹¹⁷. Los Estados como mínimo deben garantizar servicios de salud materna que incluyan factores determinantes básicos de la salud. Así, la CEDAW especifica en su artículo 12(2) la obligación de los Estados de asegurar a las mujeres en condiciones de igualdad, servicios de salud que sólo requieren las mujeres según sus necesidades específicas en salud¹¹⁸. Incluso el Comité de la CEDAW recomendó a los Estados Partes asegurar “que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.”¹¹⁹

85. Los estándares internacionales establecen que los Estados deben proporcionar los servicios de salud en condiciones adecuadas y seguras, y que sean gratuitos cuando fuere necesario, así como que se asegure una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia¹²⁰. Es importante destacar con respecto a la nutrición, que se calcula que aproximadamente la mitad de las mujeres embarazadas en el mundo padecen de alguna forma de anemia. La situación

¹¹⁷ Véase Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 14 y 21; Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 24, La Mujer y la Salud*, párr. 27; Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 8.25; Naciones Unidas, Asamblea General, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/61/338, 13 de septiembre de 2006

¹¹⁸ El artículo 12 de la CEDAW que establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia

¹¹⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 19: La violencia contra la mujer*, 1992, UN GAOR, 1992, UN Doc. No. A/47/38. 1.

¹²⁰ El artículo 12(2) de la CEDAW establece: Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición

de las adolescentes embarazadas es más grave porque son más propensas a la anemia que las mujeres mayores y porque tienen menos posibilidades de recibir atención para este trastorno¹²¹.

86. Por su parte, el Comité de la CEDAW estableció específicamente la obligación de los Estados de garantizar el derecho de las mujeres a servicios de maternidad gratuitos asignando para ello el máximo de recursos disponibles¹²²:

Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles¹²³.

87. Asimismo, el deber de proteger el derecho a la integridad de las mujeres en condiciones de igualdad comprende que los Estados prioricen sus recursos y esfuerzos para abordar las necesidades particulares de los grupos de mujeres identificados en este informe quienes están en mayor riesgo de sufrir daños a su integridad en su acceso a servicios de salud materna, es decir, las mujeres pobres, de zonas rurales, incluyendo a las mujeres indígenas y/o afrodescendientes y las adolescentes por las múltiples formas de discrimi-

adecuada durante el embarazo y la lactancia. Asimismo, el Comité de la CEDAW ha señalado expresamente la obligación de los Estados Partes de garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles. Véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*.

¹²¹ Naciones Unidas, UNICEF, *Progreso para la Infancia: Un Balance sobre la Mortalidad Materna*, número 7, 2008, pág. 6

¹²² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 27.

¹²³ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 27.

nación que enfrentan. Según el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, los principios de igualdad y no discriminación implican que se deben implementar programas de proximidad y de otro tipo para asegurar que las personas y comunidades desfavorecidas, como las mujeres en situación de exclusión, tengan en la práctica el mismo acceso que otros grupos más favorecidos¹²⁴.

88. Específicamente respecto de las mujeres indígenas, la Corte Interamericana ha sostenido que los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica¹²⁵.

89. En consecuencia, los Estados deben eliminar los obstáculos que limitan a las mujeres, y particularmente a estos grupos, el acceso a los servicios de salud materna, como por ejemplo los honorarios, la lejanía de los centros de salud y la falta de transporte público adecuado y asequible¹²⁶. Una forma para reducir los efectos que causa la lejanía de los servicios de salud puede ser el establecimiento de hogares maternos de espera.

90. La información y la educación habilita a las mujeres para adoptar decisiones a todos los niveles en todas las esferas de su vida, especialmente en el terreno de la salud, sexualidad y reproducción¹²⁷. El acceso a la información en el ámbito de la salud materna comprende también el reconocimiento de las señales de advertencia de emergencias obstétricas, así como el acceso a información sobre la

¹²⁴ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, *Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales*, 31 de enero de 2008, A/HRC/7/11, párr. 42.

¹²⁵ Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

¹²⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*.

¹²⁷ Naciones Unidas, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994, Capítulo IV, *Igualdad y Equidad entre los Sexos y Habilitación de la Mujer*, párr. 4.2.

historia médica personal e información institucional y sistémica relacionada con los gastos y las estadísticas de salud materna¹²⁸.

91. En este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que los conceptos de autonomía y de empoderamiento no pueden estar ausentes en la agenda de la disminución de las desigualdades de género¹²⁹. Las mujeres con más educación cuentan, en general, con las herramientas para adoptar unos comportamientos adecuados para la prevención y promoción de su salud, incluida la salud materna y la de su entorno familiar, tales como vacunar a los hijos¹³⁰. La brecha entre mujeres con más recursos y mujeres pobres y entre hombres y mujeres en esta materia requiere de los Estados la provisión de oportunidades educativas y laborales para las mujeres, con el objeto de remediar la desigualdad. Asimismo comprende que el Estado dedique recursos para asegurar el conocimiento de sus derechos como usuarias respecto del sistema de salud así como sobre los servicios de salud.

92. En consecuencia, la protección del derecho a la integridad de las mujeres en condiciones de igualdad se materializa en el ámbito de la salud materna, a través de la provisión de información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción, incluyendo la planificación familiar¹³¹. Sobre el particular, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía

¹²⁸ Physicians for Human Rights, *Demoras Fatales, Mortalidad Materna en el Perú, Un enfoque desde los derechos humanos para una maternidad segura*, 2007, pág. 58. Disponible en: <http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-11-28.html>.

¹²⁹ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14 rev. 1, 19 de julio de 2008, párr. 57. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp>.

¹³⁰ Elizabeth King and Andrew D. Mason, *Engendering Development through Gender Equality in Rights, Resources and Voice*, Banco Mundial y Oxford University Press, Washington DC, enero 2001, pp. 78 – 83. Women Deliver. Las Mujeres Dan Vida. Conferencia Global, 18 – 20 octubre 2007, Londres, Resumen Ejecutivo.

¹³¹ En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) del

personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre su propia salud¹³². Según dichos principios, los Estados deben prestar especial atención a las necesidades específicas de información de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables como las mujeres pobres, que habitan en zonas rurales, incluyendo las mujeres indígenas y afrodescendientes y las adolescentes¹³³.

93. Según el Relator de las Naciones Unidas sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud, para prevenir la mortalidad derivada de la maternidad y mejorar el acceso a la atención de la salud materna no basta simplemente con aumentar gradualmente las intervenciones técnicas o hacer que sean más asequibles¹³⁴. Según el Relator, es también esencial atender a los factores sociales, culturales, políticos y jurídicos que influyen en las decisiones de la mujer de solicitar servicios de atención en salud materna o en salud reproductiva¹³⁵. Ello exige que los Estados eliminen las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y las desigualdades en materia de género que impiden que las mujeres y las adolescentes aspiren a servicios de buena calidad¹³⁶. Entre las prácticas discriminatorias,

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 14.

¹³² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C 355 – 06.

¹³³ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 6

¹³⁴ Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 17.

¹³⁵ Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 17.

¹³⁶ Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el Derecho de toda persona*

los Estados deberían redoblar sus esfuerzos para eliminar los estereotipos de género tales como las restricciones al acceso a los servicios de atención médica por el hecho de carecer de la autorización del esposo, o compañero, padres o autoridades de salud, por su estado civil o por su condición de mujer¹³⁷.

94. La CIDH destaca la necesidad de involucrar a las principales beneficiarias en el diseño e implementación de políticas, planes y programas que les afecten. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha sostenido que un aspecto importante del derecho a la salud involucra la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre cuestiones con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional¹³⁸.

95. La CIDH enfatiza el deber de los Estados de garantizar que los servicios de salud materna sean proporcionados mediante una atención respetuosa a las mujeres. En el caso de las mujeres indígenas y afrodescendientes, los Estados deben adecuar los servicios de salud, tanto de prevención como de atención y tratamiento, respetando sus culturas, por ejemplo a través de la elección informada del tipo de parto. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores

al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 17.

¹³⁷ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. párr. 14. Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen la obligación de los Estados partes de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de las personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño/a ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención. Asimismo, el artículo 12 de dicha Convención reconoce la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

¹³⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14, E/C.12/2000/4. 2000.*, párr. 11.

más vulnerables o marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos¹³⁹. A este respecto, los bienes, servicios e instalaciones “han de ajustarse a las necesidades existentes en materia de género y a los derechos y culturas de las minorías y poblaciones indígenas”¹⁴⁰.

96. Al respecto, es importante señalar que la Corte Interamericana ha sostenido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos¹⁴¹. Asimismo, la Corte ha reiterado que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹⁴². En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las mujeres que viven en condiciones de pobreza, las mujeres indígenas y afrodescendientes y las adolescentes, son quienes enfrentan un mayor riesgo de ver afectado su derecho a la integridad en el acceso a servicios de salud materna.

97. En consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana, los Estados Partes tienen la obligación de consagrar y adoptar

¹³⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14*, E/C.12/2000/4. 2000; párr. 12(b).

¹⁴⁰ “Nota del Secretario General que transmite el Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental.” A/61/338. Nota 14, párrafo 17(c). Disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/520/00/PDF/N0652000.pdf?OpenElement>.

¹⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

¹⁴² Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Corte I.D.H., *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad¹⁴³. Esta obligación comprende la instalación de sistemas de rendición de cuentas y de facilitar a las mujeres un acceso efectivo y oportuno a la justicia en caso de que sus derechos en el campo de la salud sean vulnerados, tanto en la vía penal, civil o administrativa. Sobre el particular, la CIDH destaca la importancia de la participación activa de las mujeres en la determinación de las prioridades en las políticas sobre salud materna.

98. En cuanto a la protección del derecho a la integridad de las adolescentes, la CIDH ha señalado anteriormente que el embarazo precoz plantea varios riesgos: además de los problemas de salud, un mayor riesgo de abortos, en condiciones inseguras, y de interrupción de la educación¹⁴⁴. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha establecido el deber de los Estados de brindarles el acceso a información sobre el daño que puede causar los embarazos precoces. Igualmente el Comité ha establecido que a las niñas y adolescentes embarazadas, se les deberían proporcionar servicios de salud adecuados a sus derechos y necesidades particulares¹⁴⁵. Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño ha instado a los Estados Partes a adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes¹⁴⁶. En consecuencia, la Comisión considera que los Estados deben diseñar políticas y

¹⁴³ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 98.

¹⁴⁴ CIDH, *Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003, véase Capítulo V, Los Derechos de la Mujer, párr. 318. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/indice.htm>.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.

¹⁴⁶ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 31.

programas para este grupo específico, en función de sus necesidades específicas en salud materna, respetando sus derechos a la intimidad y confidencialidad.

99. El mejoramiento de la salud materna se encuentra establecida como uno de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁴⁷. La meta fijada es reducir la mortalidad materna en tres cuartas partes fijando los siguientes indicadores de medición de los progresos: la tasa de mortalidad materna y la proporción de partos con asistencia de personal sanitario especializado y tasa de uso de anticonceptivos¹⁴⁸. Asimismo, la segunda meta es lograr, para el 2015, el acceso universal a la salud reproductiva, fijando como indicadores de medición de los progresos: la tasa de natalidad entre las adolescentes, la cobertura de atención prenatal y necesidades insatisfechas en materia de planificación familiar.

100. Cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desarrolló una serie de lineamientos para la evaluación y monitoreo de derechos económicos, sociales y culturales previsto en el Protocolo de San Salvador. Específicamente en el documento se desarrollan una serie de indicadores tanto estructurales, de procesos y de resultado relacionados con el embarazo y la maternidad. Entre los indicadores de resultado para medir el progreso del derecho a la salud se menciona el porcentaje de personas con acceso a servicios de saneamiento básico, cantidad de partos atendidos por profesionales y porcentaje de mujeres en edad reproductiva con anemia. Entre los indicadores de resultados para medir el progreso del derecho a la salud en relación con la igualdad se especifican: tasa de mortalidad materna y perinatal, distribución de mortalidad materna según causas por grupos de edad, tasa de mortalidad perinatal, porcentaje de niños nacidos con peso inferior a 2,5 kg, tasa de atención por violencia intrafamiliar y estimaciones sobre casos de aborto ilegales, por edad, lugar de residencia (urbano y rural) y condiciones so-

¹⁴⁷ Véase Portal de la Labor del Sistema de las Naciones Unidas sobre Objetivos del Desarrollo del Milenio, Disponible en: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/bkgd.shtml>.

¹⁴⁸ Véase Portal de la Labor del Sistema de las Naciones Unidas sobre Objetivos del Desarrollo del Milenio, Disponible en: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/maternal.shtml>.

cioeconómicas de la mujer embarazada u otros datos disponibles¹⁴⁹.

101. En la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, más de 171 Estados acordaron los siguientes objetivos en relación a la salud de las mujeres y la maternidad¹⁵⁰:

(a) Promover la salud de las mujeres y la maternidad sin riesgo a fin de lograr una reducción rápida y sustancial en la morbilidad y mortalidad maternas y reducir las diferencias observadas entre los países en desarrollo y los desarrollados, y dentro de los países. Sobre la base de un esfuerzo decidido por mejorar la salud y el bienestar de la mujer, reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones;

(b) Mejorar la situación de salud y de nutrición, especialmente de las mujeres embarazadas y las madres lactantes.

102. Entre las medidas acordadas, se estableció incrementar la prestación de servicios de maternidad en el marco de la atención primaria de la salud. Dichos servicios, basados en el concepto de la elección basada en una información correcta, deberían incluir la educación sobre la maternidad sin riesgo, cuidados prenatales coordinados y eficaces, programas de nutrición materna; asistencia adecuada en los partos evitando el recurso excesivo a las operaciones cesáreas y prestando atención obstétrica de emergencia; servicios de remisión en los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención prenatal y planificación de la familia. Todos los nacimientos deberían contar con la asistencia de personas capacitadas, de preferencia enfermeras y parteras, o al menos comadronas capacitadas.¹⁵¹

103. Asimismo se estableció que deberían determinarse las causas subyacentes de la morbilidad y mortalidad maternas y se

¹⁴⁹ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14 rev. 1, 19 de julio de 2008, pág. 50. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>.

¹⁵⁰ Naciones Unidas, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, párr. 8.20.

debería prestar atención a la elaboración de estrategias para eliminarlas y para desarrollar mecanismos de evaluación y supervisión adecuados, a fin de evaluar los progresos logrados en la reducción de la mortalidad y morbilidad maternas y de aumentar la eficacia de los programas en marcha. También se identificó la importancia de lograr el apoyo de los varones a las actividades destinadas a asegurar la salud de las madres y la maternidad sin riesgo.

104. Finalmente, la CIDH desea destacar que para lograr la plena efectividad del derecho a la integridad personal, “los Estados tienen la obligación jurídica de adoptar medidas ‘deliberadas, concretas y encaminadas’ a la realización del derecho a la salud para todos”. Ello implica la adopción de políticas efectivas para abordar la salud materna con especial atención a las necesidades específicas de los grupos de mujeres reseñados en este informe. Asimismo, si bien el artículo 26 de la Convención Americana establece que los Estados partes se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en la medida de los recursos disponibles, la CIDH reitera que la no discriminación es una obligación de cumplimiento inmediata. Tal como lo señaló el Relator de las Naciones sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, la igualdad de trato entre la mujer y el hombre no está sujeta a realización progresiva ni a la disponibilidad de recursos, y así como la igualdad entre las mujeres, es una obligación fundamental de aplicación inmediata. [...]

¹⁵¹ Entre las medidas acordadas, se estableció incrementar la prestación de servicios de maternidad en el marco de la atención primaria de la salud. Dichos servicios, basados en el concepto de la elección basada en una información correcta, deberían incluir la educación sobre la maternidad sin riesgo, cuidados prenatales coordinados y eficaces, programas de nutrición materna; asistencia adecuada en los partos evitando el recurso excesivo a las operaciones cesáreas y prestando atención obstétrica de emergencia; servicios de remisión en los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención postnatal y planificación de la familia. Todos los nacimientos deberían contar con la asistencia de personas capacitadas, de preferencia enfermeras y parteras, pero al menos comadronas capacitadas. Naciones Unidas, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo.